

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA RESPONSABILITÉ
POUR
LES CRIMES ET DÉLITS DE GUERRE

(ÉTUDE DE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 11 juin 1923, à 4 h. 1/2

PAR

I. B. POLJOKAN

Président : M. GIDEL, Professeur
Suffragants { *MM. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, Professeur*
 BASDEVANT, Professeur

PARIS

JOUVE ET C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1923



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547525_0029

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA RESPONSABILITÉ
POUR
LES CRIMES ET DÉLITS DE GUERRE

(ETUDE DE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 11 juin 1923, à 4 h. 1/2

PAR

I. B. POLJOKAN

Président : M. GIDEL, Professeur
Suffragants { *MM. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, Professeur*
 { *BASDEVANT, Professeur*

PARIS

JOUVE ET C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

—
1923

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses: ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MES CHERS PARENTS

AVANT-PROPOS

Comme déjà l'indique la table des matières de notre étude, le présent mémoire n'a pas la prétention d'épuiser la matière de la responsabilité pour les crimes et les délits de guerre. Nous n'ignorons pas du tout les lacunes et les insuffisances de nos divers chapitres. Mais le problème est tellement vaste qu'il serait impossible de traiter même dans une étude plus large, toutes les questions qui se rattachent directement ou indirectement au problème principal. Si tel avait pu être notre projet, il aurait dû s'étendre au droit des gens et au droit pénal à la fois, et notre attention n'aurait pu se tourner principalement vers le droit des gens, comme c'est le cas dans cette étude.

Si ce que nous allons donner ici n'est qu'imparfait, sommes-nous dans l'erreur en supposant que justement par notre insuffisance à traiter des questions théoriques et empiriques, ce travail serait de nature à provoquer *sit venia verbo* le spécialiste muni d'une connaissance plus complète de la matière, à se consacrer au problème le moins discuté

de tout le domaine juridique, c'est-à-dire du droit des gens et du droit pénal international ? Si quelqu'un se décidait à entreprendre cette tâche après nous, ce serait la meilleure récompense pour nous qui nous sommes contentés de déblayer le terrain pour ce travail de spécialiste en offrant à pied d'œuvre des matériaux qui se trouvaient dispersés jusqu'aujourd'hui.

Quoi qu'il en soit, nous tenons à affirmer n'avoir cherché que la saine vérité juridique, et nous être défiés de tout ce qui confine à la partialité. *Sine ira et studio* ! tel est le principe qui nous a constamment dominés dans l'élaboration de ce modeste travail.

LA RESPONSABILITÉ
POUR
LES CRIMES ET DÉLITS DE GUERRE
(ÉTUDE DE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL)

CHAPITRE PREMIER

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE
POUR LES CRIMES ET DÉLITS DE GUERRE

I. — EN QUOI CONSISTENT LES CRIMES
ET DÉLITS DE GUERRE

Avant de traiter la question sur la nature d'un acte de guerre contraire au droit des gens, que cet acte représente un crime ou un délit, il convient de déterminer les délits principaux qui peuvent être causés par des actes de guerre contraires au droit des gens. Comme cette question ne peut être résolue à titre général, mais qu'elle doit tirer une solution spéciale de chaque loi pénale, nous nous bornerons à citer les droits qui peuvent être lésés par de tels actes.

Cet examen ne peut se faire sans envisager les

codifications nationales et internationales de droit de guerre et du droit criminel, et, à leur défaut leur rudiment. Nous ne remonterons pas loin dans le passé, quoi qu'on y trouve déjà les germes d'une codification internationale du droit de guerre et du droit pénal et que maints états de cause d'actes de guerre contraires au droit des gens y soient menacés de peines. On n'a qu'à se rappeler les Sarrasins qui avaient déjà un code systématique des lois de guerre dont nous admirons encore aujourd'hui les prescriptions humanitaires (1).

Toutefois, la plupart des incriminations aux siècles passés sont par nature incompatibles avec les

1. Voir par exemple les dispositions relatives à la guerre sainte, *El Djèhâd*, chapitre II :

40. « Il est recommandé de s'abstenir de couper les arbres appartenant à l'ennemi, de se servir de projectiles incendiaires et d'intercepter les cours d'eau de façon à en priver l'ennemi, à moins de nécessité absolue. »

41. « Il est interdit d'empoisonner les sources et les cours d'eau ; mais quelques légistes sont d'avis qu'il est simplement recommandé de s'abstenir de le faire. En tout cas il est permis de se servir de ce moyen, quand la victoire ne peut être obtenue autrement. »

42. « Quand l'ennemi couvre son front de défense avec des femmes ou des enfants, on doit éviter de l'attaquer, autant qu'il est possible, à moins que le combat ne soit déjà engagé. »

45. « Il est interdit de tuer les femmes, les enfants et les aliénés du parti ennemi, lors même qu'ils ont pris part à la défense ou à l'attaque »

46. « Il est interdit de mutiler les prisonniers ennemis, ainsi que d'employer la perfidie pour soumettre l'ennemi (c'est-à-dire

principes du droit moderne et difficiles à rattacher au système de droit de nos jours (1).

Ce n'est qu'en 1878 que de Landa a publié le projet d'un Code pénal de guerre, dans lequel il a réuni en se basant sur la Déclaration de Bruxelles (1874) les actes de guerre punissables sous les six rubriques suivantes (2):

1° Usurpations de fonctions ; abrogation des lois internes sans nécessité urgente causée par l'occupation ;

2° Exaction illégale ; perception d'impôts contre le droit des gens ou par des destructions interdites ;

3° Abus d'autorité ; lésion des droits de famille

de conclure avec l'ennemi un traité de paix dans l'intention de le violer). »

Dispositions relatives aux prisonniers de guerre, *El Osârá*, chap. III.

96. « Il est interdit de torturer les prisonniers... »

45 « On est obligé de donner à manger et à boire aux prisonniers... »

A. Querry, Consul de France à Tébriz, *Droit musulman, Recueil des lois concernant les musulmans Shyites*, t. I, Ire partie, livre 9.

1. Percy Bordwell, *The law of war between belligerents*. London, 1912, p. 12 et s.

Charles Oman, *Art of war in the middle ages*. Oxford, 1885 ; du même auteur : *History of the art of war in the middle ages*. New-York, 1898 ;

Enfin Attilo Focherini, *I soccorsi ai militari feriti in guerra preso i popoli primitivi del India* Modena, 1918).

2. *Droit pénal de guerre, Projet de classification des crimes et des délits contre les lois de la guerre* (Revue de droit international et de législation comparée, t. X, 1878, p. 282 et s.).

ou par contrainte à des services militaires auxiliaires ;

4° Vol à main armée ; pillage ou dépouillement des prisonniers de guerre ;

5° Assassinat ; homicide de blessés, bombardement de villes non défendues, etc. ;

6° Félonie ; l'emploi de poisons ou d'armes défendues.

Comparés à ces propositions, *de lege ferenda* les codes pénaux des Etats sont beaucoup dépassés. Ils sont tous pleins de lacunes ne statuant que peu d'incriminations de ce genre.

C'est surtout le *Manual of military law* anglais (1) (1914) dans les articles 441 à 448, et le *Pro-*

1. Voir dans *The laws and usages of war on land* (Land war fare), written by Col. J. E. Edwards, and L. Oppenheim, *Les punitions des crimes de guerre* :

Art. 441. — Le terme de crime de guerre est l'expression technique désignant un acte commis par des soldats ou des civils ennemis, punissable après la capture des auteurs. Il est d'usage d'employer ce terme mais il faut tenir compte de ce qu'il n'est employé qu'au sens technique militaire et légal, mais non dans le sens moral. Car quoique quelques-uns de ces actes, par exemple l'abus des privilèges du brassard de la Croix-Rouge ou l'homicide de prisonniers, puissent être ignominieux, d'autres par exemple, la remise d'informations sur l'ennemi, peuvent être extrêmement patriotiques et louables. L'ennemi, cependant, est en tout cas, légitimé à punir ces actes comme des crimes de guerre.

Art. 442. — Les crimes de guerre peuvent être divisés en quatre classes différentes :

1° Violations des règles reconnues de la guerre, commises par des membres de forces armées ;

2° Actes d'hostilité armée illégaux commis par des individus n'appartenant pas aux armées ;

jet d'un code pénal militaire suisse qui pénètrent le

3° Espionnage et trahison de guerre ;

4° Maraudage.

Art. 443. — Les violations les plus importantes sont celles qui suivent : l'emploi d'armes empoisonnées ou de munitions défendues ; l'homicide des blessés ; le refus de quartier ; la demande perfide de quartier ; le mauvais traitement de prisonniers de guerre ; le mauvais traitement de morts sur le champ de bataille ; le bombardement de villes ouvertes ; l'abus du drapeau parlementaire ; le tir sur le drapeau parlementaire, l'abus du drapeau et du brassard de la Croix-Rouge et d'autres violations de la Convention de Genève ; l'usage de vêtements civils par les troupes en vue de cacher leur caractère militaire pendant le combat ; le bombardement d'hôpitaux et autres bâtiments privilégiés ; l'usage illégal de bâtiments privilégiés dans des buts militaires ; l'empoisonnement de puits et d'eaux courantes ; le pillage et la destruction inutile ; le mauvais traitement des habitants du territoire occupé. Il est cependant important de savoir que des membres de forces armées commettant de telles violations des règles reconnues de la guerre, ne doivent pas être considérés comme des criminels de guerre et ne peuvent pas être punis par l'ennemi, si ces violations ont été ordonnées par leur gouvernement et leur commandant militaire. L'ennemi peut punir les officiers ou les commandants responsables de ces ordres après qu'ils sont tombés entre ses mains. Mais autrement il ne peut que s'en remettre aux autres moyens d'obtenir des réparations mentionnées dans ce chapitre.

Art. 444. — Quant aux hostilités armées illégales commises par des particuliers, les conditions sous lesquelles ces particuliers peuvent acquérir les privilèges accordés aux membres des forces armées ont déjà été indiquées. Les personnes prenant les armes et commettant des hostilités sans avoir rempli ces conditions sont aux yeux de l'ennemi coupables d'actes illégaux, et, après avoir été faits prisonniers ils sont punissables comme criminels de guerre. Si ces actes ont été commis par des habitants d'un territoire envahi par l'ennemi, la qualification de « war rebellion » est en général appliquée.

Art. 445. — Au sujet de l'espionnage et de la trahison de guerre, nous avons déjà signalé, en parlant de l'espionnage que, dans la Convention de La Haye, le mot « espion » a une signifi-

plus profondément dans cette question, ce dernier en

cation technique. L'acquisition, la fourniture et la remise d'informations à l'ennemi ne sont pas des actes d'espionnage, à moins que l'auteur de ces faits n'agisse clandestinement et sous de fausses qualités. Mais ces actes peuvent être trahison de guerre : Ainsi, les habitants d'un territoire occupé par une partie belligérante s'ils donnent des informations à l'ennemi, peuvent être punis pour trahison de guerre. Beaucoup d'autres actes, cependant, qui peuvent être tentés ou commis sur le territoire occupé ou à l'intérieur des lignes de l'ennemi par des particuliers ou des soldats déguisés, sont également considérés comme trahison de guerre, quoiqu'ils soient parfaitement légaux s'ils sont commis par des membres des forces armées. Par exemple, la destruction de chemins de fer, de matériel de guerre, d'appareils télégraphiques ou autres moyens de communication, commise dans l'intérêt de l'ennemi ; l'assistance accordée à des prisonniers de guerre en vue de les aider à s'échapper ; la conspiration contre les forces armées ou de leurs membres ; le fourvoiement intentionnel des troupes commis par des guides dans l'intérêt de l'ennemi ; l'assistance volontaire accordée à l'ennemi afin de faciliter ses opérations (par exemple en accordant des ressources et de l'argent et en servant à l'ennemi comme guides) ; l'incitation des soldats à servir comme espions, à désertir ou à se rendre ; la corruption de soldats dans l'intérêt de l'ennemi ; l'endommagement ou l'altération dans l'intérêt de l'ennemi d'indications itinéraires et de poteaux militaires ; l'action de souiller des conduites d'eau et de cacher des animaux, voitures et combustibles et tout autre matériel utile à l'ennemi ; l'assistance préméditée à l'avancement ou à la retraite de l'ennemi ; la divulgation de proclamations dans l'intérêt de l'ennemi.

Art. 446. — Il y a beaucoup d'actes qui peuvent être commis par les indigènes et qui ne sont pas des violations des lois de la guerre, ou ne peuvent être considérés comme crimes de guerre, mais qui pourtant peuvent être défendus et punis par une partie belligérante, dans l'intérêt de l'ordre public et de la sécurité de l'armée ; par exemple : l'omission d'éteindre ou d'exposer des lumières à certaines heures fixées ; l'inobservance des prix des logements fixés par l'autorité ; la vente de boissons aux soldats ; la transgression des règlements de la censure ; l'accusation calomnieuse des troupes ; les données fausses sur des dom-

traitant dans sa cinquième partie les crimes et délits commis en temps de guerre contre le droit des gens (Art. 92 à 95 et 118 à 120) (1).

Enfin il est d'intérêt théorique de mentionner une

mages subis ; l'inobservation des règlements de gouvernement, de police et de service sanitaire, ou leur désobéissance.

Art. 447. — Il est nécessaire d'informer directement les habitants de l'état d'occupation, et de leur obligation à observer les ordres émanant de l'armée occupante, de respecter ses commandements et de s'abstenir de tout acte spécialement défendu par elle.

Art. 448. — La quatrième classe de criminels de guerre est celle des maraudeurs. Ce sont des civils ou des militaires qui, ayant quitté leur troupe, suivent les armées en marche ou apparaissent sur le champ de bataille, soit isolément, soit en bande, dans l'intention de piller, de voler, de maltraiter ou de tuer des combattants et des blessés et de dépouiller les morts. Leur présence indépendamment de la menace et du danger qu'elle comporte pour l'armée en guerre que ces maraudeurs accompagnent, pourra mettre cette armée en suspicion auprès de l'adversaire. Leurs actes doivent être considérés comme des actes de guerre illégaux dont la punition est de l'intérêt des deux parties belligérantes.

1. Les règles suivantes se trouvent dans le *Projet d'un Code pénal militaire suisse*, de 1918 :

Art. 92. — Celui qui vis-à-vis de l'ennemi fera usage de poison ou d'armes empoisonnées... sera puni.

Art. 93. — Celui qui tuera ou blessera un ennemi ayant rendu les armes ou hors d'état de se défendre, et celui qui maltraitera un mort, sera puni.

Art. 94. — Celui qui aura continué les hostilités après avoir eu connaissance authentique de la conclusion de la paix ou de l'armistice, ou qui aura violé d'autre manière les conditions de l'armistice dont il a eu connaissance sera puni...

Art. 95. — Celui qui ne respectera point le parlementaire ennemi ou une personne de sa suite, ou qui l'offensera, ou qui le retiendra sans raison, sera puni...

Art. 118. — Celui qui, en temps de guerre, aura exercé une

proposition de loi déposée en 1915 par M. Fernand Engerand, réputé du Calvados (1).

Cependant il serait faux de supposer qu'en cas d'actes de guerre contraires au droit des gens une condamnation ne serait possible que si l'incrimination d'un crime ou délit qualifié comme crime ou délit de guerre existait. Tout au contraire, il faut

pression sur la population en vue de la réquisition de vivres, de vêtements ou d'autres objets nécessaires, sera puni...

Art. 119. — Est relatif au pillage...

Art. 120. — Celui qui, sur le champ de bataille, s'appropriera le bien de l'ennemi, qui, dans l'intention de voler, portera atteinte à un blessé ou à un mort, sera puni... (*grave rapine de guerre*).

Voici le texte :

1. Article premier. — L'article 5 de la loi du 24 juillet 1913 portant application des articles 23, 27 et 28 de la Convention internationale signée à Genève le 6 juillet 1906, pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, et des articles 5, 6 et 21 de la Convention internationale signée à la Haye, le 18 octobre 1907, pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève, est complété comme suit :

« Si les belligérants usent indûment des signes distinctifs de la Convention de Genève ainsi que du pavillon parlementaire, du pavillon national ou des insignes militaires de l'ennemi, pour attirer cet ennemi dans un piège, la peine de mort sera prononcée contre les instigateurs et les militaires les plus élevés en grade. »

« En temps de guerre avec des puissances signataires de ladite Convention du 6 juillet 1906 et des conventions internationales signées à la Haye les 29 juillet 1889 et 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre ou y ayant adhéré, sera également puni de mort le belligérant :

1° Qui aura commandé le bombardement, l'incendie ou la destruction :

a) D'ambulances et d'hôpitaux militaires protégés par le drapeau de la Croix-Rouge.

b) D'édifices consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences et à

insister sur le fait que les dispositions prévues partout concernant l'assassinat, le meurtre, la lésion corporelle, la contrainte, l'endommagement de choses sont applicables, à moins que le droit de guerre ne soit dominant. Ici apparaît le problème souvent discuté, de savoir si ces actes sont dépouillés du caractère délictueux lorsqu'ils ne sont pas contraires au droit des gens, ou si le droit de l'Etat est seul légitimé à en décider.

Il résulte du rapport entre le droit international et

la bienfaisance, de monuments historiques, d'hôpitaux et lieux de rassemblement de malades et de blessés à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à un but militaire ;

c) De villes, de villages, d'habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus ;

2° Qui aura déclaré qu'il ne sera pas fait de quartier ;

3° Qui aura prescrit la mise à mort de non combattants à raison de faits individuels dont ils ne pouvaient être considérés comme responsables ;

4° Qui aura forcé les nationaux de la partie adverse à prendre part aux opérations de guerre dirigées contre leur propre pays même dans le cas où ils auraient été à son service depuis le commencement de la guerre. S'il existe des circonstances atténuantes, la peine est celle des travaux forcés à temps.

Les pénalités de l'article 332 du Code pénal sont applicables au belligérant qui aura commis le crime de viol ; celles de l'article 250 du Code de justice militaire au même qui aura commandé ou autorisé le pillage ou qui y aura pris part.

Art 2. — En temps de guerre des puissances signataires de la Convention internationale signée à La Haye, le 18 octobre 1907, concernant les droits et devoirs des puissances et personnes neutres, la pénalité du paragraphe 1^{er} de l'article 226 du Code de justice militaire pour l'armée de terre (abus d'autorité) est applicable au belligérant qui aura intentionnellement fait passer sur le territoire d'une puissance neutre ses troupes ou ses convois soit de munitions, soit d'approvisionnements.

le droit interne qu'un acte de guerre peut être considéré comme non punissable s'il n'est pas contraire au droit des gens. Dans le cas d'infraction une poursuite est cependant admissible, si les caractères légaux de l'acte punissable se trouvent réunis.

Mais le seul fait que l'acte a permis d'arriver à un but de guerre ne suffit pas comme excuse, même au point de vue du droit interne.

Une telle loi n'est établie nulle part ; elle serait du reste contraire au droit des gens, celui-ci exigeant la poursuite d'un acte contraire au droit de guerre international. D'après un principe déjà reconnu par la théorie du droit des gens, une telle règle contraire au droit des gens édictée par un Etat ne devrait être acceptée par les autorités de l'Etat que si elle s'opposait expressément aux dispositions du droit des gens. Mais il ne peut être question de cela. Si au temps où l'on n'avait pas encore établi de droit international de guerre, l'opinion que le but de guerre rend à lui seul excusable un acte d'ordinaire punissable, avait été raisonnable, elle ne serait pas justifiée après la codification du droit de guerre établie en 1899 et en 1907.

Avant la première Conférence de La Haye (1899) les réglementations du droit de guerre ne contenaient dans leur cadre des moyens de garanties spéciaux. Jusqu'alors tous les accords internationaux de droit de guerre ne différaient point à cet égard des

autres traités. Pour les garanties il n'y avait que les moyens communs tirés de la pratique de la vie internationale. En ce qui regarde leur vertu et leur valeur, les opinions des gouvernements et des auteurs sont aujourd'hui partagées. Nous mentionnerons seulement que ni la Convention de Genève de 1864, ni la déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, ni les Conventions en matière de droit de guerre maritime ont prévu pour l'accomplissement des engagements pris d'autres garanties que celles de traités ordinaires. L'article premier de la Convention de Saint-Petersbourg commence par ces mots : « Les parties contractantes s'engagent... » Cette introduction ressemble à celle de la Convention de Genève et n'exprime rien autre chose que le devoir des parties en question de se charger de l'accomplissement de certains engagements. Pour garantir l'exécution des détails, la Convention de Genève ordonne dans l'article 8 que les chefs des armées en guerre sont obligés à suivre les ordres de leurs gouvernements et à prendre leurs mesures selon les principes fixés dans ladite Convention.

Ce n'est qu'à la Conférence de La Haye de 1899 que s'est manifesté le désir de donner un caractère obligatoire aux lois et coutumes de la guerre sur terre. Telle fut la tendance fondamentale des paroles du professeur de Martens, président de la deuxième sous-commission. Dans la huitième séance (27 juil-

let 1899) on discuta les principes de la nature juridique de la Convention. Les résultats de la discussion sont intéressants pour le développement historique des problèmes en question (1).

La divergence des opinions des délégués sur le caractère obligatoire de la codification à établir résulte nettement de la déclaration faite par le délégué anglais, le général Ardagh, au commencement de ladite assemblée. Celui-ci affirmait que pour arriver à un résultat la Convention devrait être acceptée seulement comme base des instructions à donner sur les lois et coutumes de la guerre sur terre aux troupes des Etats intéressés, sans que ceux-ci fussent obligés d'accepter tous les articles votés par la majorité. Il exigeait la pleine liberté ou d'accepter ou de refuser ou de modifier les articles. Une pensée semblable est exprimée dans l'avant-propos du *Manuel des lois de la guerre sur terre*, rédigé par l'Institut du Droit international et accepté d'un commun accord par les membres dans la session d'Oxford en 1880. Dans l'avant-propos de ce projet il est dit :

« L'Institut croit remplir un devoir en offrant aux gouvernements un Manuel propice à servir de base dans chaque Etat à une législation nationale, conforme à la fois aux

1. Actes et documents de la Conférence internationale de la Haye de 1899, III, p. 98 et s.

propres de la science juridique et aux besoins des armées civilisées. »

C'était à cette opinion que M. de Martens s'opposa dans un discours indiquant précisément à l'assemblée comme tâche principale de créer une base solide. Cela ne pourrait se réaliser que par un accord entre les puissances signataires fixant des règles uniformes pour le service des instructions militaires. Il eût été impossible d'accorder aux puissances signataires la liberté d'accepter ou de ne pas accepter ces dispositions. C'est pourquoi le professeur de Martens exigeait avec vigueur la constatation de la force obligatoire de la Convention pour toutes les puissances signataires (1).

La différence entre ces deux opinions est dans la question du caractère juridique des règles à insérer dans la Convention. Devraient-elles être des règles de caractère obligatoire pour toutes les puissances intéressées ou ne devraient-elles que former une base pour les instructions militaires des armées et constituer seulement des règles ordinaires pour les Etats obligés de réglementer la guerre ?

Le point de vue anglais nous montre qu'il aurait été prématuré d'exiger des garanties spéciales pour l'observation des dispositions de la Convention dont le caractère juridique n'était pas encore admis de

1. Actes 1899, III, p. 70.

toutes parts. Il fallait arriver à obtenir l'unanimité sur la force obligatoire de ladite Convention, avant de demander certaines garanties pour son exécution.

En rapprochant le principe anglais de l'opinion russe, on a arrêté ce premier point. On s'entendit sur l'article suivant, qui eut la première place dans la *Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* : « Les puissances contractantes donneront à leurs forces armées de terre des instructions qui seront conformes au règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la présente Convention. » Il faut bien tenir compte de ce que le mot « donneront » ne contient pas seulement une promesse, mais plutôt un engagement des puissances signataires à donner à leurs armées des instructions conformes au règlement.

A la deuxième Conférence de La Haye, on a maintenu cette disposition première. Elle pouvait être considérée comme inutile ; il suffisait d'une reconnaissance unanime générale de la force obligatoire de la Convention pour assurer son exécution. Toutefois, la disposition spéciale reste d'une grande importance pour certaines questions de principe du droit des gens. La présence d'une telle disposition de garantie satisfait aussi bien à l'opinion du professeur de Martens, qu'à d'autres égards, à celle d'Ardagh ; d'une part elle prescrit aux puissances signataires de veiller à

l'exécution des dispositions et des instructions en question, d'autre part, elle laisse à l'Etat la tâche d'établir les dispositions formant le droit interne.

Cette divergence de vues a nécessité un compromis pour la rédaction juridique dudit article introductif. Mais il serait inexact de voir dans ce fait la reconnaissance de l'opinion qui veut considérer le droit des gens, comme résultant du droit interne, et non des conventions internationales. En réalité, il résulte du texte qu'un Etat se trouve obligé par le fait de sa ratification donnée à une résolution d'une conférence ou règle d'une convention, que cette résolution ou règle le charge de droits et de devoirs indépendamment de leur introduction dans le droit interne. C'est par la législation nationale ultérieure que l'Etat prend les mesures qu'il croit nécessaires en vue d'accomplir les obligations contractées. Par là il étend ses propres obligations à ses sujets, les oblige eux-mêmes. Sa législation interne devient un facteur producteur de droit pour ses sujets, mais non pour l'Etat lui-même ; car le devoir de l'Etat résultait déjà de la ratification de la Convention. Il est sans doute indispensable qu'une convention internationale, pour que ses prescriptions soient observées et accomplies par les sujets qui composent l'Etat, soit introduite dans le droit interne ; mais l'absence de tout acte législatif national ultérieur ne peut cependant réduire le devoir interna-

tional de l'Etat qui s'est obligé par une Convention. En tous cas, c'est l'Etat seul qui porte la responsabilité internationale de l'exécution des conventions intervenues ; c'est donc lui qui doit assurer cette exécution et il le fera en édictant des lois sur cet objet. C'est enfin l'Etat et non la Conférence internationale qui doit assurer par toutes mesures appropriées que ses sujets agissent selon les lois nationales.

Pour ces raisons, il était nécessaire que ledit principe de la proposition anglaise fût reconnu conforme à la doctrine admise du droit des gens.

Le ralliement à l'opinion russe ne porta nullement les Etats contractants à renoncer aux formes ci-dessus indiquées. Il en résultait seulement l'engagement d'incorporer dans leurs législations nationales respectives la substance juridique de la Convention.

Il nous est possible à présent d'aborder la question posée tout au début de ce chapitre, et qui se rapporte aux droits qui peuvent être violés par des actes de guerre ; nous le ferons en vue d'établir en quoi consiste un crime ou délit de guerre et de justifier enfin le droit de punir qui peut être accordé à l'Etat lésé.

Selon le droit de guerre en vigueur, tout dommage causé à l'adversaire est permis à moins qu'une prescription spéciale du droit des gens, du droit coutumier ou du droit conventionnel ne s'y oppose. Ce

principe découle du fait que primitivement tout était permis en temps de guerre et que certaines restrictions n'ont été apportées à cette règle que dans le cours des temps. En restreignant de plus en plus le droit de nuire à l'ennemi, droit autrefois absolu, on mettait aux fers la liberté de conduire la guerre. Mais dans les domaines où aucune restriction formelle n'est établie, cette liberté reste entière.

Examinons brièvement la question de l'étendue du droit de nuire dirigé contre les *non combattants*, les *combattants* et enfin contre l'*Etat* dans son organisation.

1^o Une des plus importantes restrictions à la manière de conduire la guerre, existant déjà dans l'ancien droit coutumier, est celle qui ne considère comme objet d'attaque légale que l'autorité de l'Etat ennemi et non les sujets *non-combattants* de cet Etat. Les auteurs continentaux du xix^e siècle — de la seconde moitié du xix^e siècle surtout — ont souvent adopté la formule donnée par Jean-Jacques Rousseau. S'ils n'en reproduisent pas toujours les termes, ils en admettent généralement le sens. « La guerre, écrivait Rousseau, n'est point une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes ni même comme citoyens, mais comme soldats ; non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs. »

(Contrat social, livre 5, chap. IV). On en a déduit, et telle est bien la conséquence logique de la formule, que la guerre doit être limitée aux forces militairement organisées des Etats belligérants, qu'elle doit respecter la vie des habitants inoffensifs et la propriété de tous, qu'elle ne peut tuer que les soldats, confisquer ou détruire que des biens d'Etat.

C'est ce qu'exprimait Talleyrand, lorsqu'il écrivait à Napoléon :

« Trois siècles de civilisation ont donné à l'Europe un droit des gens que, selon l'expression d'un écrivain illustre, la nature humaine ne saurait assez reconnaître. Ce droit est fondé sur le principe que les nations doivent se faire dans la paix le plus de bien, et dans la guerre le moins de mal qu'il est possible. D'après la maxime que la guerre n'est pas une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement non point comme homme, non pas même comme membres ou sujets de l'Etat, mais uniquement comme ses défenseurs, le droit des gens ne permet pas que le droit de la guerre et le droit des conquêtes qui en dérive s'étendent aux citoyens paisibles et sans armes, aux marchandises de commerce, aux magasins qui les renferment, aux chariots qui les transportent, aux bâtiments non armés qui les voient sur les rivières ou sur les mers, en un mot à la personne et aux biens particuliers » (*Moniteur* du 5 décembre 1806).

Portalès s'est servi de la formule presque identique

de Rousseau dans le discours qu'il prononça lors de l'installation du Conseil des prises le 14 Floréal, an VIII. Outre les auteurs qui reproduisent intégralement la formule du « Contrat social », outre ceux qui, sans la reproduire, l'acceptent nettement et d'autres encore qui, sans être aussi explicites dans leur rappel des doctrines de Rousseau et de Portalis, posent en principe que la guerre doit respecter la propriété sur terre et sur mer, la doctrine ressort également des résolutions adoptées, en 1877, par l'Institut de Droit international à Zurich, sur le traitement de la propriété privée dans la guerre maritime et du *Manuel des lois de la guerre sur terre* voté à Oxford en 1880 (1).

Plus tard, le « Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre », adopté à la Conférence de Bruxelles de 1874 (art. 40 et s.) admet le principe du respect de la propriété privée dans la guerre continentale. Rappelons enfin les grandes codifications du droit de guerre de 1899 à 1907 prévoyant pour les non-combattants certaines restrictions seulement relatives à leur personne et à leur fortune. En aucun cas, des actes d'hostilités ne sont permis vis-à-vis de ces individus. En principe, toute atteinte à leur personne, toute confiscation de

1. Tableau général de l'organisation, des travaux et du personnel de l'Institut de Droit international de 1873 à 1892. Paris, 1893, p. 170, 191 et s.

leur fortune est interdite par le droit des gens. On ne permet que certains empiètements à leur droit, surtout dans les limites du théâtre des opérations. Aucune autre infraction de leurs droits n'est prévue par le droit des gens. Celles qui manquent de légitimation dans le droit des gens, doivent donc être considérées comme des crimes ou des délits de guerre.

II. — Certains actes lésant les *combattants* ne sont pas permis davantage. Reconnaître quelqu'un pour ennemi ne signifie pas que toute violence soit permise à son encontre. Le but de la guerre est de contraindre l'Etat adverse à céder ; le moyen de l'y contraindre est la force, mais ce moyen doit être proportionné au but. Cette force, cette violence doit être limitée aux exigences du succès. Hall dit fort bien : « Lorsque la violence est licite, la mesure dans laquelle elle est permise est ce qui est nécessaire pour atteindre le but proposé. La mesure de la violence qui est permise à la guerre est donc ce qui est requis pour réduire l'ennemi à la soumission (1). » Et Charles Dupuis y ajoute que : « L'objet de la guerre n'est pas seulement de forcer l'Etat adverse à céder ; si c'est là son objet immédiat, son but plus lointain et plus élevé est de rétablir une paix durable. Et ce second but contribuera à limiter les rigueurs de la guerre, car il suffit à condamner, au nom des intérêts

1. *A treatise on international law* (1895, p. 66).

mêmes des belligérants, l'emploi de procédés d'une efficacité médiocre ou douteuse, pour décider de la victoire, si ces procédés doivent, en blessant trop cruellement le vaincu, jeter des ferments de haine qui survivent à la paix et en compromettre le maintien (1). »

C'est dans ce sens que le droit de guerre international a établi d'importantes interdictions de principe. Toute infraction à ces règles incompatibles avec le droit des gens est désormais qualifié d'illégal et soumise à des juridictions pénales.

III. — Il reste à savoir, si en temps de guerre, toute agression armée quelconque est permise envers l'*Etat* ennemi lui-même, ou si dans ce domaine aussi on a apporté certaines restrictions. Sur ce point, il faut surtout noter que les articles 55 et 56 de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, soustrayent au droit de nuire par actes de guerre les propriétés immobilières de l'*Etat* ainsi que certaines institutions humanitaires et religieuses qui dépendent de lui et que l'article 56, alinéa 2 les protège. Les biens mobiliers eux-mêmes appartenant à l'*Etat* ne peuvent être soustraits qu'autant qu'ils sont propres à servir aux entreprises guerrières (art. 53 de ladite Convention). Du reste, l'article 43 oblige l'*Etat* occupant à administrer les territoires occupés, en

1. *Revue de droit international public*, t. V (1898, p. 41).

respectant les lois du pays, à moins qu'une nécessité absolue ne l'en empêche. On peut donc se demander si une lésion de cette prescription n'entraîne une responsabilité pénale de l'auteur qu'au cas d'infraction à des droits privés, et si de même, l'acte lésant l'Etat dont le territoire est occupé ne peut être soumis au droit pénal. On pourra sans hésiter se prononcer affirmativement si un acte défendu par les articles 53, 55 et 56 a été commis, en violation de l'article 43. Et quant à une violation de l'article 43, doit elle également considérée comme violation de la « souveraineté » de l'Etat occupé ? Une telle infraction doit-elle être jugée comme contraire au droit pénal, par exemple à titre d'abus d'autorité ? La liste des personnes désignées par les Puissances Alliées pour être livrées par l'Allemagne, en exécution des articles 228 à 230 du traité de Versailles et du Protocole du 28 juin 1916, remise par les Puissances Alliées au Gouvernement Allemand se base parfois sur de tels délits (1). La liste belge, dans ses

1. La Conférence de la Paix, en 1919, a groupé, sous trente-deux chefs différents une liste des principaux griefs articulés contre les agents punissables de toute catégorie :

- 1° Meurtres et massacres, terrorisme systématique ;
- 2° Mise à mort d'otages ;
- 3° Tortures infligées à des civils ;
- 4° Famine imposée aux civils ;
- 5° Viols ;
- 6° Détournements de jeunes filles et de femmes pour les contraindre à la prostitution ;
- 7° Déportations de civils ;

points 21, 53 et 61, relève des actes punissables à titre d' « atteintes à la souveraineté belge ». Ainsi le point 21 signale comme délit d' « atteinte à la sou-

- 8° Internements de civils dans des conditions sauvages ;
- 9° Travail forcé des civils obligés de participer à des travaux en relation avec les opérations militaires ;
- 10° Usurpation des droits souverains de l'Etat pendant l'occupation militaire ;
- 11° Enrôlements obligatoires de soldats pris parmi les habitants des pays occupés ;
- 12° Tentatives faites pour dénationaliser les habitants des territoires occupés ;
- 13° Pillages ;
- 14° Confiscations de propriétés ;
- 15° Contributions et réquisitions ;
- 16° Dépréciation du système monétaire et émission de fausse monnaie ;
- 17° Impositions de pénalités collectives ;
- 18° Dévastations et destructions sans raison de la propriété ;
- 19° Bombardements intentionnels de places sans défense ;
- 20° Destruction sans raison de monuments et bâtiments religieux de bienfaisance, d'éducation et historiques ;
- 21° Destruction de navires marchands et de navires à passagers sans avertissement et sans précaution pour la sécurité des équipages et des passagers ;
- 22° Destruction de bateaux de pêche et de convois de ravitaillement ;
- 23° Bombardements intentionnels d'hôpitaux ;
- 24° Attaques et destruction de navires-hôpitaux ;
- 25° Infractions aux règlements de la Croix de Genève ;
- 26° Usage de gaz délétères et asphyxiants ;
- 27° Usage de balles explosibles ou explosives et autres armes inhumaines ;
- 28° Ordre de ne point faire de quartier ;
- 29° Mauvais traitements infligés aux blessés et aux prisonniers de guerre ;
- 30° Emploi de prisonniers de guerre à des travaux non autorisés ;
- 31° Emploi abusif du drapeau blanc ;
- 32° Empoisonnement des puits.

veraineté belge » la responsabilité générale des déportations par l'ordre du 3 octobre 1916. Dans la liste roumaine, l'auteur visé par le point 21 est accusé « de violations de droit international en modifiant sans nécessité la constitution et les lois roumaines, en supprimant de fait la juridiction des tribunaux roumains et la remplaçant par les tribunaux civils allemands ». On voit dans ces cas l'acte punissable dans une lésion de la souveraineté.

Comment ce problème doit-il être résolu ?

La guerre a pour but la défaite de l'adversaire, but légitimé par le droit des gens. C'est l'autorité de l'Etat ennemi qui est l'objet direct des attaques de guerre. Contre cet organisme la lutte armée envers les combattants ennemis n'est pas la seule admise, mais aussi la lutte par d'autres moyens qui, en dehors d'un temps de guerre, seraient qualifiés de délits politiques. De tels actes sont en tous cas soustraits à une qualification criminelle quand ils ont été commis par des combattants réguliers. Mais si le droit de guerre permet de commettre des actes qui, en eux-mêmes, constitueraient la haute trahison, il ne sera pas possible de soumettre au droit criminel des offenses faites à l'Etat ennemi ; d'autant moins que dans la guerre toute attaque qui n'est pas interdite par quelque prescription de droit, est légitime.

Or, l'article 43 interdit expressément de modifier, d'abroger, à moins de nécessité absolue, la législa-

tion nationale du territoire occupé. Un besoin de cet ordre constitue-t-il une infraction au droit de souveraineté de l'adversaire ? Il n'est pas douteux que le territoire occupé ne cesse pas d'appartenir à son Etat originaire ; même pendant la durée de l'occupation, ce n'est que l'Etat occupant qui y exerce l'autorité publique. D'ailleurs son droit d'administrer le territoire occupé n'est pas tout à fait libre : il est restreint par des règles de droit des gens. Ces règles n'ont cependant pas été établies dans l'intérêt de l'autorité écartée, mais dans celui du territoire occupé et de sa population. L'autorité absente, il est vrai, a vis-à-vis de l'occupant un titre de droit international à une conduite conforme au dit article 43. Mais ce titre ne s'étend qu'au cas d'infractions aux droits du territoire occupé opérées en violation de l'article 43. Ce n'est pas l'attaque dirigée directement contre les droits de souveraineté de l'adversaire, mais l'attaque indirecte causée par la lésion des droits fixés aux sus-dits articles qui constitue une violation du droit international. Il en résulte que l'Etat n'est protégé que partiellement par le droit de guerre international, savoir en sa qualité de fisc, et, en outre, pour le cas où l'infraction à l'autorité se manifeste par une lésion ou une menace dirigée contre des droits individuels.

Abordons à présent un point controversé relatif à

notre question et qui est de la plus grande importance pour savoir en quoi consiste un crime ou délit de guerre.

C'est un principe bien établi du droit des gens de ne pas rendre responsables les auteurs des actes de guerre conformes au droit des gens, même quand ces actes se présentent sous la forme d'un acte défendu par une loi pénale. Ce principe découle de la règle généralement admise que les auteurs d'actes de guerre conformes au droit des gens ne peuvent être combattus que par des moyens de guerre légitimes ou, dès qu'ils ont renoncé à résister, ils peuvent être faits prisonniers. En ce cas, ils ont la faculté de réclamer le traitement de prisonniers de guerre conformément à l'article 3 du Règlement de la Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre. Ils doivent donc, aussitôt qu'ils ont cessé de combattre être soumis pour la durée de la guerre aux seules restrictions prévues par les articles 4 à 20 du dit Règlement. D'autres mesures que celles qui sont prévues dans ce Règlement ne peuvent leur être appliquées. C'est aussi pourquoi toute autre action pénale à cause de tels actes est interdite. L'Etat qui abandonnerait cette règle se rendrait coupable d'une violation du droit des gens.

Un Etat lésé par un sujet ennemi possède, en principe, un droit internationalement reconnu à la puni-

tion de l'auteur. Il s'agit maintenant de savoir si ce droit existe aussi vis-à-vis d'un acte qui ne constitue pas un crime de guerre, parce que bien que commis au cours de la guerre, il n'a aucune relation avec le but de la guerre, mais qui est un acte de guerre toutefois non permis par le droit des gens. Certains auteurs dénie, en pareils cas, une obligation de punir et n'admettent que la « responsabilité générale » établie par l'article 3 de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. De l'avis de ces auteurs, il serait injuste de rendre responsables les individus en particulier d'une conduite de guerre contraire au droit des gens, parce que l'Etat ennemi est seul responsable de sa manière de conduire la guerre. Pour tout ce qui regarde la guerre, l'auteur d'un crime est libéré de toute responsabilité tant que son acte est conforme au but de la guerre.

Les opposants à cette manière de voir estiment (1), de même la jurisprudence anglaise l'affirme, que le droit de poursuite de l'Etat lésé ne s'applique pas seulement à des crimes de guerre ordinaires, mais généralement à tout acte contraire au droit des gens.

Enfin, quelques auteurs français, surtout Renault (2)

1. Beling, *Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität*. Breslau, 1896, p. 135.

2. *De l'application du droit pénal aux faits de guerre* (Revue générale du droit international public, XX, 1918, p. 5 et s.).

ont entrepris d'établir le droit pour les Etats d'appliquer les principes du droit pénal à des actes de guerre ennemis dans les cas où ceux-ci ne sont pas excusés par le droit des gens. Ils prétendent donc que le droit des gens fixe les limites du domaine dans lequel le droit pénal national peut être invoqué et que ses règles sont applicables dès qu'un acte guerrier n'est pas légitimé par le droit de guerre.

Il convient d'adopter en principe cette opinion. Elle est fondée sur le fait qu'il existe, même selon le droit de guerre, un droit de l'Etat à punir, en raison d'une lésion criminelle de son droit. Si les actes de guerre lésant le droit des gens devaient être exceptés de ce principe, il faudrait reconnaître un fléchissement dudit principe. Or, tel n'est pas le cas. Bien au contraire, la responsabilité pénale d'un assez grand nombre d'actes qui ne constituent pas des crimes de guerre, mais des cas typiques d'actes de guerre lésant le droit des gens, est prévue surtout par les articles 41 à 50 de la Convention de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, sans compter la disposition de la nouvelle Convention de Genève (art. 28). Le sens de cette disposition est précisément d'obliger les Etats à soumettre au droit pénal certains abus des moyens légitimes de combat et nous voyons le droit des gens requérir comme protecteur du droit de guerre le droit pénal national.

Il en résulte que ladite action du droit des gens ne se borne pas à la punition de crimes de guerre qualifiés, mais qu'elle embrasse aussi complètement tous les actes de guerre commis par des combattants légitimes et interdits par le droit des gens, c'est-à-dire tous les actes de guerre contraires au droit des gens.

II

La responsabilité pénale pour les crimes et délits de guerre

Il est généralement reconnu que, selon le droit des gens, les ressortissants étrangers sont protégés par le droit pénal contre des lésions tout aussi bien que les sujets même de l'Etat. Notamment, les Etats sont obligés de punir leurs agents qui se rendent coupables de tels actes à l'égard de tiers étrangers.

Ce principe est aussi en vigueur dans le domaine du droit de guerre, pour autant que le droit de lésion de guerre ne soit pas en question. Il est inséré dans la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. C'est sur lui que sont fondés les articles 41 et 56 alinéa 2, qui prévoient la punition de certaines lésions du droit des gens.

L'article 41 porte que :

« La violation des clauses de l'armistice par des particu-

liers agissant de leur propre initiative, donne droit à réclamer la punition des coupables, et s'il y a lieu, une indemnité pour les personnes éprouvées. »

Pareillement, l'article 56, alinéa 2, dispose que :

« Toute violation, saisie, destruction ou dégradation intentionnelle de semblables établissements, de monuments historiques, d'œuvres d'art et de sciences est interdite et doit être poursuivie. »

De même l'article 28 de la nouvelle *Convention de Genève de 1906 pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne* est conçu comme suit :

« Les Gouvernements signataires s'engagent également à prendre ou à proposer à leur législature, en cas d'insuffisance de leurs lois pénales militaires, les mesures nécessaires pour réprimer, en temps de guerre, les actes individuels de pillage et de mauvais traitements envers des blessés et malades des armées, ainsi que pour punir, comme usurpation d'insignes militaires l'usage abusif du drapeau et du brassard de la Croix-Rouge par des militaires, ou des particuliers non protégés par la présente convention. Ils se communiqueront, par l'intermédiaire du Conseil fédéral suisse les dispositions relatives à cette répression, au plus tard dans les cinq ans de la ratification de la présente Convention. »

En vertu de cet article 28, beaucoup d'Etats signa-

taires de cette Convention ont introduit dans leur législation des sanctions pénales destinées à réprimer toute infraction aux interdictions stipulées dans l'intérêt des blessés et malades militaires. Ainsi, la Russie, la Norvège (loi du 5 juin 1909), la Suisse (loi du 14 avril 1910), les Etats-Unis (acte du 23 juin 1910), le Brésil (décret gouvernemental du 31 décembre 1910), la Suède (loi du 2 juin 1911), les Pays-Bas (loi du 7 janvier 1911), la Grande-Bretagne (acte du 18 août 1911), le Siam (loi du 8 janvier 1912), la Belgique (loi du 18 mars 1912), l'Italie (loi du 17 juin 1912), l'Autriche (loi du 23 août 1912), la Bulgarie (loi du 28 septembre 1912), la Turquie (loi du 14 octobre 1912), le Portugal (décret du 19 septembre 1912), et enfin la Hongrie (ordonnance ministérielle du 12 avril 1913) ont adopté des textes plus ou moins équivalents, « manifestant par la conformité de leur législation particulière, leur adhésion aux principes mêmes de l'existence des Conventions internationales et, par conséquent, des règles du droit des gens dont la violation constitue une faute d'ordre pénal non seulement à l'égard du droit international mais même à l'égard du droit interne, et que cette faute comporte des sanctions pénales dont la répression doit être poursuivie devant les juridictions ordinaires » (1).

1. Cf. la remarquable étude de M. Dumas, *Les sanctions pénales des crimes allemands*. Paris, 1916.

En France, la matière est réglée par la loi du 24 juillet 1913 (*J. O.* du 28 juillet 1913) dont les articles 4 et 5 ont modifié les articles 249 et 266 du Code de justice militaire, de manière à sanctionner sur le territoire français, les abus auxquels les plénipotentiaires réunis à Genève avaient voulu mettre un terme. L'article 249 du Code de Justice militaire a donc aujourd'hui la rédaction suivante :

« Tout individu qui, dans la zone d'opérations d'une force militaire en campagne :

Dépouille un militaire blessé, malade ou mort, est puni de réclusion, sans préjudice de l'application du paragraphe final de l'article 248 précédent;

Exerce sur un militaire blessé ou malade pour le dépouiller des violences aggravant son état est puni de mort ;

Commet par cruauté des violences sur un militaire blessé ou malade, hors d'état de se défendre, est puni de la réclusion. Les articles du Code pénal ordinaire relatifs aux coups et blessures volontaires, au meurtre et à l'assassinat, sont applicables toutes les fois qu'en raison des circonstances, les peines qui y sont portées sont plus fortes que la peine prescrite au présent paragraphe ».

Et l'article 5 de ladite loi du 24 juillet 1913 est conçu comme suit :

« L'article 266 du Code de justice militaire pour l'armée de terre est applicable en temps de guerre avec des Puissances signataires de la Convention signée à Genève le 6 juillet 1916 ou y ayant adhéré, à tout individu qui, dans la

zone d'opérations, d'une force militaire en campagne, emploi publiquement, sans en avoir le droit, le brassard, le drapeau ou l'emblème y assimilés, en exécution de l'article 16 ci-après. Dans ce cas, les articles 63, 64, 68 et 198 du même Code sont applicables, à tout individu non militaires ni assimilé aux militaires.

En dehors, soit du cas visé par le paragraphe 1^{er} du présent article, soit du cas où il s'agirait d'un pays lequel n'aurait pas adhéré à la Convention de Genève, ou qui ne se trouverait pas dans les conditions spéciales déterminées par l'article 16 ci-après, l'usage abusif du brassard, de drapeau ou emblème y assimilés, en exécution du dit article 16 est puni des peines portées par les articles de la présente loi. »

Dans la Convention pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève, l'article 21, manifestement inspiré par l'article 28 de la Convention de Genève de 1906, stipule que les puissances s'engagent à « prendre ou à proposer à leur législature, en cas d'insuffisance de leurs lois pénales, les mesures en faveur des armées de mer et de leurs victimes, les mêmes abus dont l'article 28 précité avait assuré la répression en faveur des armées de terre ».

Faisant application de cet article 21, la loi du 24 juillet 1913 n'a pas seulement introduit dans la législation française les sanctions pénales réclamées par l'article 28 de la Convention de Genève de 1906 ; elle a également, par ses articles 8, 9, 10 et 11, ins-

titué des sanctions pénales pour la sauvegarde de certaines règles de droit maritime. A cet effet elle a codifié les articles 78, 98, 334 et 359 du Code de justice militaire pour l'armée de mer (loi du 4 juin 1858) dont la rédaction nouvelle est désormais celle-ci :

« Article 78. — Sont également justiciables des mêmes Conseils (*Id est* des conseils de guerre permanents des arrondissements maritimes) tous individus prévenus soit comme auteurs, soit comme complices, d'un des crimes ou délits prévus par l'article 334 du présent Code, toutes les fois qu'ils ne peuvent plus être traduits, en vertu de l'article 98, devant un Conseil de guerre siégeant à bord ».

« Article 98. — Sont justiciables des mêmes Conseils de guerre (*Id est* des Conseils de guerre à bord des bâtiments de l'Etat) tous individus prévenus soit comme auteurs, soit comme complices, d'un des crimes ou délits prévus par l'article 334 du présent Code, lorsqu'ils sont arrêtés par l'autorité du bord ou remis à cette autorité ».

Article 334. — Tout individu qui, dans la zone d'opérations d'une force navale :

« Dépouille un militaire ou un marin blessé, malade, naufragé ou mort, est puni de réclusion, sans préjudice de l'application de l'avant-dernier paragraphe de l'article 331 du présent Code ;

« Exerce sur un militaire ou marin blessé, malade ou naufragé, pour le dépouiller des violences aggravant son cas, est puni de mort ;

« Commet par cruauté des violences sur un militaire ou

marin blessé, malade ou naufragé, hors d'état de se défendre est puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans. Les articles du Code pénal relatifs aux coups et blessures volontaires, aux meurtres et à l'assassinat, sont applicables toutes les fois qu'à raison des circonstances les peines qui y sont portées sont plus fortes que la peine prescrite au présent paragraphe. »

Enfin l'article 359 édicte des sanctions pénales contre l'emploi abusif dans la zone des opérations d'une force navale, des brassards, emblèmes et peintures distinctives réservées au personnel et aux bâtiments de la Croix-Rouge.

En examinant les articles précités de la loi du 24 juillet 1913, on est frappé de la formule constante « tout individu » dont se sert le législateur français pour déterminer les coupables dont les fautes sont à réprimer ?

N'est-ce pas le signe évident que toute personne convaincue de l'une ou l'autre de ces infractions sera justiciable de juridictions nationales françaises, quelle que soit sa nationalité ?

Dans toutes ces dispositions de droit le principe mentionné au commencement de ce chapitre est énoncé avec précision. Ces dispositions ne forment du droit nouveau qu'autant qu'elles établissent quelques actes délictueux spéciaux ; du reste,

elles ne font que codifier des dispositions déjà en vigueur. Le fait que ces dispositions de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre ne peuvent être considérées comme prescriptions exceptionnelles, résulte de ce que, dans l'esprit de la Convention de La Haye, les homicides commis en contravention du droit des gens ne peuvent rester impunis, s'il existe déjà dans ce droit une obligation de punir à cause d'un délit commis contre la propriété (article 56). L'article 56, alinéa 2 ne comporte qu'une application de la règle générale mentionnée ci-dessus.

Les Etats sont donc obligés de demander compte à toute personne des actes par lesquels elle a lésé l'adversaire en contradiction avec le droit de guerre. Une poursuite pénale devra être intentée et une punition appropriée à la gravité du cas doit être requise. Les Etats sont donc tenus d'édicter des prescriptions légales nécessaires à établir cette compétence. L'article premier de la Convention susmentionnée qui oblige les puissances signataires à prendre des mesures conformes à la Convention stipule clairement ce devoir de poursuivre ; car ces dispositions destinées à empêcher des actes de guerre contraires aux lois mêmes de la guerre sont inconcevables sans des sanctions nécessaires réprimant leur transgression.

Il va donc sans dire que l'Etat, dans l'armée

duquel se trouve l'auteur d'un acte de guerre lésant le droit de la guerre est obligé d'en poursuivre la répression et que l'Etat lésé est donc parfaitement légitimé à exiger la répression criminelle d'un tel acte.

Nous arrivons à la question beaucoup plus difficile, de savoir si l'Etat ennemi est en droit de poursuivre l'auteur d'actes contraires aux lois et coutumes de la guerre, c'est-à-dire, pour tenir compte des réalités, si l'Etat est aussi bien en droit de poursuivre et punir, les soldats même du parti adverse qui ont commis des actes de ce genre avant leur capture.

Comment la doctrine du droit des gens, résout-elle cet important problème ? L'occasion va se présenter de rappeler l'opinion des jurisconsultes, depuis le moyen âge jusqu'à nos jours ; nous constaterons avec étonnement que la doctrine moderne pénètre beaucoup moins loin dans notre problème que les jurisconsultes d'autrefois, un peu naïfs peut-être à nos yeux, mais d'un robuste bon sens uni à un instinctif amour de la justice. Il nous semble superflu d'insister sur l'importance d'un examen détaillé de la question ainsi posée. Ce n'est du reste que par rapport au Traité de Versailles et à ses dispositions spéciales (art. 228 à 230) que les jurisconsultes actuels se sont trouvés en face de ce

problème et furent amenés à s'en occuper. [Ce serait certes méconnaître absolument l'importance et l'étendue de cet urgent problème, que de ne pas demander à la doctrine des solutions définitives. Quelques années se sont déjà écoulées depuis que le Traité de Versailles a été conclu et ratifié, et nous devons constater avec regret que des questions d'une importance médiocre ont été discutées bien plus abondamment que la question capitale, bien plus urgente qui nous occupe. Croira-t-on que nous sommes préservés de nous trouver à l'avenir encore une fois en face de la triste réalité ? Et ne serait-il pas utile et nécessaire de donner à la doctrine un fondement solide plus ou moins unanimement reconnu ?

Les théologiens et les jurisconsultes du moyen âge se sont déjà occupés d'une manière détaillée de la question de savoir si l'Etat lésé est légitimé à poursuivre les crimes et les délits commis par des étrangers. Ils discutent cette question en examinant à quelles conditions une guerre doit être considérée comme justifiée (1). Voici l'opinion de Cajetan (1469 à 1534) :

« L'Etat qui est chargé de pourvoir à sa sûreté et à celle de ses membres, peut non seulement repousser avec modéra-

1. Les textes cités ci-dessus sont pris du livre de A. Vanderpol, *le Droit de guerre d'après les théologiens et les canonistes du moyen âge* (Paris et Bruxelles 1911).

tion la force par la force, mais aussi punir les injustices dont lui ou les siens ont été les victimes, et cela aussi bien quand les coupables sont des étrangers que s'ils sont ses sujets. S'ils sont ses sujets la chose est évidente, car c'est l'Etat qui est chargé de les juger et de les punir. S'il s'agit d'étrangers, cela résulte de ce que tout Etat doit se suffire à lui-même. Or, s'il n'avait pas le droit de punir les peuples et les princes étrangers, il serait imparfait et incomplet ; car les tyrans, les criminels, les voleurs, les assassins, les brigands et tous ceux qui, citoyens d'un Etat étranger, commettraient des actes iniques, échapperaient alors à tout châtement, et l'ordre naturel des choses serait en défaut en des matières de première importance » (*Summa, S. Thomæ, Comm. III, 2, 2, qu. XL*).

Du même avis sont Victoria (1480 à 1546) et Suarez (1548 à 1617) :

« La fin et le bien commun, dit Victoria, postulent la guerre. Le monde ne pourrait vivre heureux, que dis-je, il serait réduit à la pire des conditions si tous les tyrans, les voleurs et les brigands pourraient impunément commettre leurs méfaits et opprimer les gens de bien et les innocents, sans que ceux-ci puissent de leur côté sévir contre les coupables » (*Relectiones Theologicae, XI, de jure belli, I*).

« C'est, dit Suarez, une juste cause de guerre que de faire subir un juste châtement à celui qui a violé le droit des autres s'il refuse de leur donner la réparation à laquelle ils ont droit... Cela est démontré par les passages de l'Ecriture (Num. 25 et 2. Reg. 10 et 11), où l'on voit que Dieu ordonne

de faire la guerre uniquement pour punir les injures des ennemis. Dans un État, pour conserver la paix, il faut une puissance légitime qui punisse les crimes des sujets : de même dans le monde, pour les divers Etats puissent subister en paix il faut qu'il existe une puissance qui punisse les injures de l'un envers l'autre. Mais cette puissance ne réside dans aucun supérieur puisqu'il n'y en a pas dans notre hypothèse. Il est donc de toute nécessité qu'elle réside dans le souverain de l'Etat lésé, auquel l'autre se trouve soumis à raison de son délit. Une guerre de cette nature tient la place d'une sentence de justice vindicative » (*De trip. virt. theol. de caritate*. D. XIII, IV, 5).

Les théologiens du moyen âge examinent donc en ordre principal la question de la poursuite des personnes, qui, par leurs actes délictueux ont causé la guerre. En même temps, ils professent tous que, la victoire une fois remportée, les coupables peuvent être punis. Mais il est encore douteux si, selon leur opinion, cette poursuite se rapporte aux lésions du droit commises pendant la durée de la guerre, s'ils reconnaissent donc le droit des Etats de poursuivre aussi les actes de guerre contraires aux lois de la guerre commis par les soldats ennemis. On pourra répondre affirmativement à cette question, puisque déjà à cette époque on distinguait entre les actes de guerre légitimes et les actes de guerre contraires aux lois (1) et

1. Saint Raymond de Peñafort (1175 et 1275), *Summa*, libr. II,

puisqu'on concédait aux adversaires le droit de punir eux-mêmes tous les coupables, qui n'avaient pas été poursuivis dans leur pays d'origine.

Déjà saint Augustin (354 à 430) ne juge pas également de tous les actes de guerre : il distingue volontiers entre les actes de guerre légitimes et d'autres actes qui, bien que commis par des soldats, sont illégitimes et punissables. Tandis qu'un soldat agit légalement lorsqu'il tue des soldats ennemis sur l'ordre de ses supérieurs, il devient punissable quand il fait du butin dans l'intention de s'enrichir ou quand il commet des violences défendues même en temps de guerre (1).

Cette doctrine de saint Augustin fut déterminante pour le dogme chrétien. Les canonistes et les théologiens du moyen âge qui le perfectionnèrent, se sont tous basés sur lui. Ainsi Cajetan et Antonin (1389 à 1459) exigent que les soldats s'abstiennent pendant la guerre de tout acte illégal et immoral (2).

Ces idées fécondèrent le droit des gens après que celui-ci se fut détaché de la théologie et, enrichi dans le sens philosophique et juridique par le droit naturel, eût établi ses bases sur ce dernier (3).

tit. V (*de raptoribus et praedonibus*), 12, qu. 5 : *Militare non est delictum sed propter praedam militare peccatum est.*

1. Sermo de verb. Ev. Lucae, cap. 3.

2. Antonin, *Summa theologica*, III, tit. IV, cap. I.

3. Voir Grotius, *De jure belli ac pacis*, t. III, ch. I, III, ch. IV, III et XIX. L.-Christian Wolf, (*Jus Gentium*... § 794) distingue

Plus tard, le problème s'étendit peu à peu, des études approfondies furent conduites avec succès ; et si l'on peut encore regretter plus ou moins la lenteur du progrès, du moins doit-on constater avec satisfaction que l'orientation des esprits est juste.

L'Institut du Droit international dans son *Manuel des lois de la guerre* (1880) troisième partie, au paragraphe des « Sanctions générales », dispose expressément :

« Si des infractions aux règles qui précèdent ont été commises, les coupables doivent être punis, après jugement contradictoire, par celui des belligérants au pouvoir duquel ils se trouvent. Les violations des lois de la guerre sont passibles des châtimens spécifiés dans la loi pénale. »

Cette disposition de l'Institut ne voulait pas faire des propositions de *lege ferenda*.

« L'Institut n'a pas cherché à innover, il s'est borné à préciser les idées reçues de notre temps et de les codifier (1). »

La littérature anglo-américaine affirme clairement que l'Etat capteur a le droit de punir les prisonniers de guerre à cause d'acte de guerre commis avant leur capture. C'est ainsi que Hall écrit (2) :

« Une partie belligérante n'a pas seulement envers l'ennemi entre les actes de guerre légitimes et les « délits de guerre » et il permet à l'adversaire de punir les coupables.

1. Tome V des annuaires de l'Institut de droit international.

2. *A treatise of international law*, 5^e éd. publié par J. B. Ullay (Oxford, 1914), page, 416.

un avantage résultant directement du droit d'attaque, mais de plus elle est légitimée à punir les personnes ayant lésé le droit de guerre si elles sont tombées entre ses mains... Il va sans dire qu'une partie belligérante est légitimée à réprimer des infractions faites à un droit communément reconnu. Des personnes convaincues d'avoir empoisonné des puits, d'être assassins ou maraudeurs, d'avoir fait abus du drapeau parlementaire, afin de se procurer des informations, d'avoir employé des armes défendues comme contraires aux lois et coutumes de la guerre, peuvent être immédiatement livrées à leur sort mérité. »

Holland (1) dit du même problème :

« Les personnes ayant violé les lois et coutumes de la guerre doivent être punies conformément au Code militaire de l'Etat capteur ; à défaut d'un tel Code une Cour militaire les punira selon les lois et usages du droit de la guerre. »

Et ailleurs :

« Quand une troupe militaire viole systématiquement le droit de guerre, par exemple en refusant quartier, tous ses membres, après avoir été pris peuvent être traités comme violateurs du droit. »

Spaight (2) traite le droit de punir les délinquants contre les lois de guerre sous les sanctions du droit

1. *The laws of war on land (written and unwritten)*, Oxford, 1908, p. 59.

2. *War rights on land*. London, 1911, p. 462.

de guerre à côté des représailles et des devoirs de réparations des Etats en raison d'actes de guerre contraires au droit des gens. De même, Oppenheim (1) reconnaît à l'Etat capteur un droit de punir les actes de guerre contraires au droit des gens, commis par l'ennemi avant sa capture. Sous le titre *Punishment of war crimes* il écrit :

« En opposition aux actes hostiles commis par des soldats garantissant aux auteurs le privilège de l'impunité accordée aux membres d'une force armée, les crimes de guerre sont des actes hostiles commis par des soldats ou d'autres individus qui peuvent être poursuivis, les auteurs étant faits prisonniers ».

Et continuant il ajoute :

« Les violations des règles de la guerre ne sont que des délits commis sans ordre spécial du gouvernement belligérant en question. Mais, si des membres des forces armées commettent de telles violations par ordre de leur gouvernement, ils ne sont pas des criminels de guerre et ne peuvent être punis par l'ennemi ; ce dernier peut seulement user de représailles. »

Phillipson (2) pose d'abord comme principe ce qui suit :

Des soldats ou des marins prisonniers qui ont violé les

1. *International Law*, vol. II, 1912, p. 309 et s.

2. *International law and the great war*, 1915, p. 208 à 259, 260.

lois de la guerre ne doivent pas être traités comme prisonniers de guerre. Au contraire, ils doivent être interrogés par des Cours militaires et, s'ils sont déclarés coupables, on les pendra ou on les fusillera ou on les condamnera aux travaux forcés suivant l'atrocité de leur crime. Il cite ensuite quelques exemples de la pratique de la dernière guerre : « Quelques aviateurs allemands tombés entre les mains des Russes avaient jeté des bombes sur Libau, ville ouverte ; on leur dit qu'on les traiterait comme des criminels ordinaires à cause de l'illégalité de leur acte... Un Allemand fait prisonnier par les Français fut convaincu d'avoir violenté un blessé et dépouillé des morts ; en conséquence, il fut fusillé comme criminel... Une troupe allemande vêtue d'uniformes français qui évidemment avaient été volés sur des prisonniers, travaillait à faire sauter le pont du chemin de fer à Oissel, près de Rouen ; cet acte était illégal. Après les avoir fait prisonniers on ne leur accorda pas le traitement militaire, mais on les condamna à cause de leur « war crime », à la plus haute peine dont disposa une cour militaire. »

Phillipson ajoute encore :

« Ce serait, sans doute, une politesse fort déplacée de traiter d'indulgence des combattants coupables d'actes illégaux ou inhumains. Un tel traitement serait injuste envers les troupes mêmes et le droit international. La punition immédiate de tel délinquant et sa prompt notification pourrait avoir un effet d'intimidation dans bien des cas analogues.

Les violations du droit sont des crimes en temps de guerre comme ils le sont en temps de paix, et ils sont punissables en tous cas. »

Ce problème fut également discuté par Messieurs Jacques Dumas (1), Larnaude (2), de Lapradelle (2), Mérignhac (3) et Renault (4) dans des études fort intéressantes. Les auteurs sont d'accord pour attribuer à l'Etat capteur le droit de punir les prisonniers convaincus d'actes de guerre contraires au droit des gens commis avant leur capture, en tant que ces actes soient menacés de sanctions par les lois françaises et qu'ils aient été commis en France ou sur le théâtre des opérations.

Dans la littérature allemande, cette question a occupé Bluntschli et Beling outre Johann Jacob Moser. Ce dernier (5) (1701 à 1781) mentionne plusieurs fois cette question et proclame le droit de l'Etat capteur de traiter comme brigands, assassins, etc. etc..., des prisonniers ennemis qui ont commis des actes de guerre violant le droit des gens, et de les punir comme tels.

1. *Les sanctions pénales des crimes allemands*. Paris, 1916.

2. *Journal de Droit international*, 1919, t. XLVI.

3. *De la sanction des infractions au droit des gens*. Paris, 1917. (Extrait de la Revue générale de droit international public).

4. *De l'application du droit pénal aux faits de guerre*, 1918. (Extrait de la Revue générale de droit international public).

5. *Grundsätze des europaischen Voelkerrechts in Kriegszzeiten*, 2. Buch, 12 kap. §§ 15, 18, 38, 39, 40.

Bluntschli (1) déclare sans spécification précise que des personnes soumises à la juridiction pénale de l'Etat capteur à cause d'un délit commis avant leur capture, peuvent être poursuivies et punies. Beling s'exprime beaucoup plus clairement et conclut :

« Le droit des gens ne connaît aucune prescription de nature à prouver que les troupes d'occupation devraient être soustraites à la juridiction ennemie. Ne sont-elles pas elles-mêmes exposées, comme toute force militaire, à être l'objet direct d'une contrainte guerrière ? De même, une condamnation de la part de l'Etat de séjour doit paraître admissible. Si, par exemple, un soldat de l'armée occupante était pris, pour cause de vol par effraction, ou de crime contre les mœurs, par la police de l'Etat ennemie, son arrestation, sa condamnation et sa punition par les magistrats de l'Etat seraient également possibles. Et il pourrait encore se faire si un soldat, après avoir empoisonné un puits, était fait prisonnier, qu'il fût condamné par les tribunaux de l'Etat ennemi : son crime constituant un danger public sa punition serait absolument légitime. »

La question de savoir si la compétence de l'Etat s'étend aussi aux actes de guerre accomplis par des combattants légitimes de la partie adverse, n'est nettement tranchée dans aucun règlement international,

1. *Das moderne Voelkerrecht der zivilisierten Staaten*, 3. Aufl. 1878, p. 345.

mais il n'existe non plus de stipulation tranchant le cas en sens contraire. L'article 28 de la nouvelle Convention de Genève, ainsi que l'article 41 et l'article 56, alinéa 2 du Règlement de La Haye, sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, laissent la question pendante, puisque ces documents se bornent à dire que les actes commis par des particuliers en violation de ces articles doivent être réprimés. Par contre, la question est traitée plus amplement par divers Etats dans les instructions données à leurs armées pour le cas de guerre : Notamment les *Instructions for the government of Armies of the United States in the field*, publiées en 1863, dans leur article 59 stipulent :

« Un prisonnier de guerre reste responsable des crimes qu'il a commis avant sa capture contre l'armée ou la population de l'Etat capteur, et pour lesquels il n'a pas été antérieurement puni par ses propres autorités.

De même, le *Manuel of Military law* anglais, dans sa première édition, parue en 1884, stipule au chapitre XIV, point 18, page 306 :

« Un prisonnier de guerre qui a commis une infraction aux coutumes de la guerre, — par exemple en maltraitant ou dépouillant des blessés — doit être considéré comme ayant perdu le caractère de prisonnier de guerre et doit être condamné à mort. »

La dernière édition de ce manuel publiée en 1914

dispose dans l'article 441 *in fine*, que les prisonniers pourront être punis par la Cour militaire de l'adversaire à cause de leur « war crime » commis avant leur capture.

Les législations des autres États, dans leurs dispositions pénales concernant les actes contraires aux lois de la guerre, ne se bornent ordinairement pas non plus à viser leurs propres sujets, mais elles menacent de peine tout individu en général qui commet de tels actes. Le Code justice militaire français par exemple menace de peine (dans son article 246) tout individu ayant commis un acte mentionné dans l'article 28 de la nouvelle Convention de Genève.

Il se trouve de semblables sanctions dans le Règlement italien pour l'armée, publié le 16 septembre 1896, conforme à celui du 26 novembre 1882, l'article 219 menaçant de peine « tout individu » qui aura maltraité ou dépouillé des ennemis, morts blessés ou désarmés, ou qui sans nécessité absolue aura détruit ou lésé des biens ennemis.

La législation allemande menace de peine non seulement ses nationaux, mais « tout individu » ayant commis certains actes de guerre interdits. L'Etat-Major général dans un de ses recueils d'instructions, exprime l'avis que la poursuite d'une juridiction militaire ennemie est motivée même quant aux actes contraires au droit des gens commis avant la capture en quelque lieu que ce soit. Dans

cette publication intitulée : *Kriegsgebrauch im Landkriege*, parue en 1902, après l'énumération de certains actes contraires au droit des gens, on lit ce passage :

« Celui qui contreviendra à une de ces règles, doit être poursuivi par son propre Etat, fait prisonnier il sera puni par une cour militaire (sous-entendu : de l'Etat capteur). »

En opposition à la doctrine qui attribue à l'Etat capteur le droit de punir des actes commis avant la capture, une autre doctrine, en se basant sur l'exterritorialité de l'armée ne reconnaît qu'à l'Etat d'origine la compétence de punir ses soldats. Elle parle d'un soi disant principe du droit des gens selon lequel le droit de punir de l'Etat étranger serait exclu pour des actes commis contre l'ennemi, sur leur territoire national avant son occupation, par des prisonniers de guerre avant leur capture. Jusqu'alors il se trouve encore sous la protection de leur pavillon national (« Où est le drapeau, là est la France »... « Le soldat allemand emporte son droit pénal dans son sac »).

Pour l'appréciation et la solution du problème qui nous occupe, il est essentiel d'examiner la question préjudicielle, résultant du droit des gens, à savoir si les membres de l'armée d'invasion ou d'occupation sont soumis au droit pénal de l'Etat dans le territoire duquel ils pénètrent. Une opinion

partagée par nombre d'auteurs surtout avant la guerre, attribuée à l'armée d'invasion ou d'occupation le bénéfice de l'exterritorialité et ne la soumet qu'au seul droit pénal militaire. Quelques auteurs ont directement ou indirectement traité cette question en faisant valoir l'exterritorialité de l'armée d'invasion ou d'occupation.

Wheaton affirme qu'une armée étrangère se trouvant à l'intérieur d'un territoire avec l'approbation du souverain de ce territoire, n'est pas soumise à la juridiction intérieure. Il continue :

« Si une armée étrangère passait par un territoire sans l'approbation du souverain, les particuliers dont se compose l'armée seraient-ils soumis à la juridiction intérieure ? Sans doute, un détachement militaire ne pourra jamais obtenir d'autre immunité que celle assurée par la guerre, s'il franchit sans l'approbation du souverain les frontières d'un Etat étranger. »

D'après Wheaton, il va donc de soi que la guerre accorde l'immunité aux troupes envahissant un territoire étranger (1).

Quant à la position des officiers commandant pendant la guerre des troupes armées dans le territoire ennemi, Hall fait observer ce qui suit :

« Pour compléter l'exposé de leur situation et de celle des

1. Wheaton, *Elements of international law*, 4 th. ed. of Atlay, 1914, p. 155.

troupes commandées par eux, il faut ajouter que ni les officiers, ni les membres de leurs troupes ne sont en aucune manière soumis aux lois civiles ou pénales de l'Etat étranger en ce qui regarde les actes commis en leur qualité d'agents et à cause desquels ils pourraient être poursuivis par la juridiction pénale ou civile, s'ils avaient commis ces délits comme particuliers (1).

Calvo vise l'exterritorialité de l'armée d'invasion ou d'occupation en exonérant de toute responsabilité pénale ou civile (à cause d'un crime ou délit commis ou d'un dommage causé), un représentant d'une force publique étrangère ayant agi dans les limites des instructions données en raison de mesures prises par un supérieur. Car il est alors protégé par la responsabilité du gouvernement duquel il tient ses droits comme marin ou soldat, ou en vertu de quelque autre autorisation (2).

Rivier (3) affirme que des troupes armées, qui se trouvent à l'étranger avec l'approbation du gouvernement étranger bénéficient de l'exterritorialité. Il envisage dans le même sens le cas où après la fin de la guerre, des troupes étrangères restent à l'intérieur pour garantir l'accomplissement du traité de paix. Il restreint, cependant, cette exterritorialité,

1. *International law*, 7 th. ed. of Higgins, 1917, p. 323.

2. Calvo, *le Droit international*, 4^e éd., Paris, 1888, t. III, n° 1822, p. 23.

3. *Principes du droit des gens*, Paris, 1896, t. I, p. 333.

en admettant que les militaires étrangers sont tenus à suivre dans leurs relations avec l'Etat et avec la population indigène les lois intérieures du pays, et que les juridictions de droit commun sont compétentes pour les personnes n'appartenant pas à l'armée ; elles doivent rester compétentes pour des délits commis par des militaires étrangers contre des civils et même pour des délits atteignant la tranquillité publique, commis entre militaires.

Il ajoute ensuite : en pays ennemi (c'est-à-dire en cas d'invasion) il ne peut être question que d'une exterritorialité complète et sans restriction, comme nous l'avons vu ci-dessus. A l'étranger, les troupes d'occupation et d'invasion vivent sur le pied de guerre et selon les lois de la guerre. Cela ne peut signifier autre chose que l'exclusion du pouvoir répressif des juridictions locales pour ce qui regarde les crimes ou délits commis par des militaires pendant la guerre.

Pradier-Fodéré (1) aboutit aux mêmes conclusions que les auteurs cités plus haut, sans toutefois déduire explicitement le principe de l'exterritorialité des troupes en guerre sur un territoire ennemi.

Cette opinion qui se base sur l'exterritorialité de l'armée d'occupation ou d'invasion a l'avantage de dénouer à la fois toutes les difficultés. Mais elle a été

1. *Droit international public*, t. VI, p. 1085 à 1087.

repoussée unanimement par toutes les parties de la guerre après une pratique de quatre années. Elle aurait du reste des conséquences fort peu satisfaisantes. Les crimes les plus graves commis avant la capture, resteraient alors sans répression pendant des années. Au reste, théoriquement, cette opinion ne peut être soutenue non plus. Chaque Etat est souverain dans un territoire déterminé. Tout ce que lui apporte ce territoire est par là même soumis à son autorité. Si des particuliers doivent rester hors de ce pouvoir, ce ne peut être que dans le cas où il leur concède volontairement cette faculté. On doit supposer une telle intention à un Etat qui laisse pénétrer sur son territoire volontairement des détachements militaires d'un Etat étranger. Il en résulte donc que, pour des crimes ou délits commis en territoire ennemi avant sa capture, un soldat prisonnier est soumis à la juridiction étrangère et aux lois étrangères. Certains auteurs sont d'avis que les membres de l'armée d'invasion ou d'occupation sont soumis à un double droit pénal : à celui qui résulte de leur législation et à celui qui règne dans le pays envahi. Si un membre d'une armée d'occupation ou d'invasion tombe entre les mains de l'Etat ennemi, c'est le droit pénal interne qui devient applicable. Il s'agit en ce cas d'une double responsabilité que l'on trouve souvent dans le droit pénal international.

Par exemple l'indigène, à l'étranger, est soumis à

la double juridiction de son pays d'origine et du pays où il séjourne. Les prisonniers de guerre allemands tombés entre les mains des Français peuvent donc être responsables en France, tout comme les prisonniers allemands tombés entre les mains des Serbes doivent rendre compte de leurs crimes en Serbie sans qu'il devienne nécessaire de feindre la translation du lieu de perpétration dans leur propre pays. Mais si même le crime ou délit a été commis chez l'étranger ennemi, les prisonniers de guerre sont soumis au droit de l'Etat capteur. La question est seulement de savoir si le droit pénal interne de cet Etat menace de peine tous les crimes ou délits commis à l'étranger par des étrangers.

D'autres auteurs comprennent seulement l'exterritorialité comme une exemption de la juridiction ordinaire, mais non comme une soustraction au droit de punir. La juridiction du territoire occupé revivra t donc après exclusion du bénéfice de l'exterritorialité par suite de la capture. Les membres de l'armée d'invasion devraient être traités comme s'ils avaient commis les actes punissables dans leur pays d'origine. Ainsi un Allemand ayant commis en France avant sa capture un crime contre les mœurs, devrait, après sa capture, être jugé par le Conseil de Guerre français comme s'il avait commis le délit en Allemagne.

Nous ne partageons pas cette opinion. Aucune règle du droit des gens n'existe qui stipule que

l'armée d'invasion ou d'occupation en territoire ennemi est exterritorialisée. L'assimilation à une armée qui ne fait que passer par un territoire étranger n'est pas admissible. Une telle armée agit avec l'approbation de l'autorité publique étrangère, et celle-ci en donnant son approbation au passage renonce par le fait même à l'exercice de sa juridiction sur l'étranger dont il s'agit. L'armée d'invasion, au contraire, pénètre dans le territoire étranger contre la volonté exprimée aussi clairement que possible de l'autorité publique étrangère ; en ce cas, il ne peut pas être question d'une renonciation à la juridiction. L'armée d'invasion est soumise à la juridiction de l'Etat sur le territoire duquel elle pénètre, quoique celle-ci ne puisse l'exercer à cause de la supériorité effective des forces ennemies.

Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que selon le droit des gens il n'y a pas d'exterritorialité des personnes en question dans la mesure qu'un grand nombre d'écrivains veulent lui accorder. Ajoutons que la notion de l'exterritorialité, qui d'ailleurs n'est pas toujours limitée de la même manière, dérive d'une idée complexe, qui embrasse quantité de privilèges et d'exceptions de la situation judiciaire normale. Si donc il convient de décider dans quelques cas concrets l'admissibilité ou la non admissibilité d'une dérogation à la situation judiciaire, on ne peut déduire l'existence d'autres privilèges du fait qu'un

ou plusieurs droits sont contenus dans la notion d'exterritorialité. Il est plutôt nécessaire de déterminer lesquels de ces droits ou privilèges sont motivés dans le cas concret envisagé. Si l'exclusion de la compétence est exigée, elle doit être prouvée ; si l'on exige l'exemption de la souveraineté fiscale, il faut de même en donner les raisons et la preuve. L'armée d'occupation et d'invasion, suivant le droit de guerre, jouit, il est vrai, de certaines exemptions. Toutefois, il n'est pas permis d'en conclure que l'exemption des règles pénales et de la juridiction de l'adversaire sont également admissibles. On ne trouvera nulle règle de droit écrite ou non écrite délivrant sans façons des soldats ennemis de la juridiction de l'Etat capteur à cause des crimes ou délits ennemis avant la capture. Comme il s'agirait d'une exception du statut de juridiction d'ailleurs compétente, cette exception devrait d'abord être démontrée.

Dans la plupart des cas on s'efforce comme nous venons de lire plus haut, de fonder cette exemption sur la théorie suivant laquelle le soldat en campagne est soumis aux lois et à la juridiction de son pays, théorie généralement adoptée dont on en conclut qu'il n'est donc pas soumis aux lois et à la juridiction de l'adversaire. Mais on peut opposer à cette argumentation le fait que le droit des gens connaît la concurrence des droits de poursuite de deux ou plusieurs Etats dans le même cas criminel. En outre,

il est reconnu que, selon le droit des gens, le principe de la territorialité appliqué à la compétence de l'Etat de punir des étrangers est de règle (1). Cependant, il est juste de reconnaître que ce principe supporte un assez grand nombre d'exceptions. Le principe reste donc en vigueur tant qu'une exception ne peut être invoquée et justifiée.

Donc, si une compétence de punir des étrangers est invoquée, sans dériver du principe de la territorialité, l'exception doit être appuyée de raisons suffisantes. L'existence d'une telle exception étant prouvée, il y a concurrence d'action pénale de plusieurs Etats, puisque la compétence de punir de celui où le crime a été commis ne peut être niée et doit être maintenue. Afin de prouver que dans un certain cas la juridiction de l'Etat est exclue, il ne suffit donc pas de s'en rapporter à ce que celle d'un autre Etat soit compétente. On objecte encore que l'article 8 du Règlement de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre soumettant les prisonniers de guerre aux lois et coutumes de la guerre, aux lois et ordres de l'Etat dans les mains duquel ils sont tombés, contient *in fine* la disposition suivante : « les prisonniers ne sont passibles d'aucune peine pour la fuite anté-

1. V. Despagne, *Cours de droit international public*, 3^e éd., 1905, p. 281 et s.

Bonfilis-Fauchille, *Manuel de droit international public*, 5^e éd., p. 258, § 448.

rieure. » Pourtant cette argumentation *a contrario* ne peut être reconnue valable. On ne peut oublier que c'est en vertu d'une tradition constante que les États en guerre ont rendu responsables des soldats même de l'adversaire à cause des actes commis avant la capture, comme il y a un principe de droit de guerre permettant de causer à l'adversaire tous les torts excepté ceux qui sont défendus par une loi, écrite ou non écrite. Enfin, on invoque comme preuve la prescription contenue dans l'article 31 du Règlement sus-mentionné, disant que « l'espion qui, ayant rejoint l'armée à laquelle il appartient est capturé plus tard par l'ennemi, est traité comme prisonnier de guerre et n'encourt aucune responsabilité pour ses actes d'espionnage antérieurs ». Il est évident que la déduction qu'on tire de ce texte est mal fondée puisque en vérité ledit article ne veut rien exprimer d'autre que ceci : un espion qui, entre l'accomplissement de son crime et la capture, a rejoint sa troupe, ne doit pas être puni à cause de cet acte. Cependant sa poursuite reste admissible suivant cette règle, s'il a été fait prisonnier après la perpétration d'un crime fait avant sa capture, au cas où, dans l'entretemps il n'aura pas rejoint son armée. Donc si tant est que l'article 31 nous permette de tirer une conclusion relative à notre question, la poursuite par l'adversaire est admissible à cause de délits commis avant la capture.

Pour arriver à la solution de notre problème, il faut partir du fait sur lequel on est d'accord que dans tous les cas les États sont compétents à punir des étrangers du moment que l'acte incriminé a été commis sur leur territoire. Ce principe n'est pas seulement en vigueur en temps de paix, mais aussi pendant la guerre pour autant que le droit de guerre n'ait pas établi d'exception. Une telle rupture du principe n'est à constater que dans le cas où, à l'intérieur du territoire occupé les membres de l'armée ne puissent pas être condamnés par les tribunaux de ce territoire, mais exclusivement par leurs propres tribunaux qui doivent faire valoir leur droit pénal national. C'est en pareil cas que l'« exterritorialité » est existante. D'ailleurs, nombre d'écrivains traitant de cette question ne veulent pas dire d'avantage (1).

Bien entendu cette exterritorialité est seulement en vigueur aussi longtemps que le soldat se trouve dans la sphère de sa propre armée, car une exemption de la juridiction de l'Etat ennemi ne doit être prouvée que pour cet espace de temps. Ce fait une fois établi, et à défaut d'exception, il faut que le principe général entre en vigueur ; c'est-à-dire que

1. Cf. Bonfils-Fauchille, *l. c. p.*, 713 et s., § 1170.

Mérignhac, *Traité de droit international public*, t. III, p. 387
410.

Lawrence, *Principles of international law*, p. 222 et 263.

F. v. Liszt, *Völkerrecht*, 9^e éd., p. 79.

la poursuite par l'adversaire à cause de crimes et délits antérieurs à la capture est admissible dans toute son étendue. Par rapport au droit des gens, cette compétence à poursuivre est motivée, si l'acte punissable a été commis sur le territoire ou dans la sphère de l'Etat capteur.

Il nous reste à savoir comment juger des actes commis au dehors de ce territoire ? Faut-il, pour ces crimes ou délits, supposer une exception tirée du principe de la territorialité ? La pratique des cours militaires ne nous permet de répondre à cette question ni affirmativement ni négativement. Il faut donc tâcher de trouver une solution dans les règles ordinaires. On sait que des Etats se croient légitimés à poursuivre même des actes commis à l'étranger par des étrangers. Ce sont surtout là les actes menaçant l'existence des Etats et dont la poursuite par l'Etat où s'est commis le crime ou délit était douteuse (1).

1. Cf. Despagnet, *loc. cit.* p. 291 :

« Il est au moins certain, au point de vue international, que le droit de chaque Etat à la conservation de son existence l'autorise à réprimer des faits qui pourraient l'atteindre, même quand ils ont lieu à l'étranger.

Cf. aussi l'article 7 du Code d'instruction criminelle français et l'article 10 du Code de procédure pénale belge de 1878. Le principe de la protection est exprimé le plus distinctement dans le Projet d'un code pénal suisse dont les articles 4 et 5 soumettent au droit pénal suisse tout individu ayant à l'étranger lésé un sujet suisse.

Voir d'ailleurs Bonfils-Fauchille, *loc. cit.*, p. 258 et suiv., § 449 :

« Le droit exceptionnel de juridiction se justifie alors par la nécessité de la légitime défense... »

Cette compétence pénale a été souvent attaquée. Mais aucun écrivain n'a su prouver qu'elle est contraire au droit des gens positif puisqu'on n'a pu trouver aucune disposition affirmant la renonciation des Etats au droit de poursuivre des lésions qui, autrement, ne trouvaient pas d'expiation ou n'en trouvaient qu'une insuffisante. Du reste une compétence subsidiaire à poursuivre est présumée par rapport aux crimes ou délits si l'Etat où ils ont été commis omet de procéder. Despagnet (1) écrit ce qui suit :

« Il semble bien que, à titre subsidiaire et en cas de représentation impossible dans le pays où l'infraction a eu lieu, la compétence de la juridiction du pays de la victime se justifie par l'intérêt même de ce dernier pays à défendre ses propres nationaux et à ne pas laisser impuni sur son territoire. l'auteur d'un crime ou d'un délit contre un de ses membres. »

Or, si l'État d'origine n'a pas procédé lui-même contre l'infracteur, la constatation d'une compétence de l'Etat d'origine concurrente à celle de l'Etat lésé sera justifiable.

Si jusqu'ici il n'a été question que des crimes et des délits des prisonniers de guerre commis avant la capture, nous n'y avons pas compris tous les faits qu'on regarde comme « actes de guerre ». Les membres de l'armée d'invasion ne sont pas responsables des actes de guerre parce que ceux-ci manquent de tout

1. *Loc. cit.*, p. 299 ; voir aussi Bontils, *loc. cit.*, p. 258. § 449, qui est du même avis.

caractère d'illégalité. Tout État qui regarde comme légaux les actes de guerre exercés par ses propres troupes, est obligé de concéder l'impunité des actes de guerre de son adversaire. Cette impunité doit être étendue à tous les actes commis par des particuliers, pour autant qu'ils soient justifiés par la nécessité militaire absolue, couverts par le droit de commandement ou excusés par les raisons discutées au cours de la présente étude. On ne doit pas excepter seulement la conduite de la guerre conforme aux lois et coutumes de guerre, et soumettre les actes contraires à ces lois à la juridiction pénale de l'État sur le territoire duquel ils sont commis. La dernière guerre a prouvé que les membres des forces militaires, en lésant le droit de guerre international agissent souvent ou conformément aux ordres de leurs chefs, ou parce que leurs faits seront tacitement admis par leurs supérieurs. Il serait alors injuste de rendre responsables les organes des puissances ennemies de leur manière de faire la guerre contraire au droit des gens. C'est l'État adverse lui seul qui est responsable de la manière de faire la guerre ; chaque soldat n'agit que comme organe de la puissance étrangère qui est responsable des infractions au droit ordonnées ou admises. Outre cela, il existe, bien entendu, une responsabilité pénale des individus en raison d'actes sans relation avec la guerre, par exemple, de crimes contre les mœurs et de crimes ou délits contre la pro-

priété commis par des soldats pour leur propre compte, de lésion corporelle et d'assassinat.

Suivant notre examen général il nous faut maintenant aborder la question de savoir si une action de droit des gens en vue de la punition d'actes contraires aux lois de la guerre se justifie aussi dans le cas où une poursuite est interdite en raison du principe *nullum crimen sine lege*.

Quoique les Etats soient obligés d'incriminer les actes de guerre contraires au droit des gens, la juridiction criminelle ne peut nullement intervenir à défaut de dispositions légales. Elle ne peut poursuivre un acte que la loi pénale ne menace pas de faire. Il est vrai que la responsabilité internationale des Etats est généralement reconnue même pour les actes dont ils n'ont pas prévu la répression par des dispositions pénales appropriées. Mais la question de cette obligation générale ne nous intéresse pas ici. Nous nous bornerons à rechercher si cette responsabilité de punir le criminel est réalisable même dans le cas où il n'a pas été prévu de sanctions pénales.

L'Etat obligé, serait-il tenu de publier, l'acte une fois commis, une loi rétroactive destinée à en poursuivre l'auteur ?

Ce problème a été brillamment élucidé par les éminents jurisconsultes de l'Université de Paris,

MM. Larnaude et de Lapradelle dans une étude (1) sur la responsabilité criminelle de l'empereur Guillaume II d'Allemagne. Nous y trouvons ce passage remarquable :

« Quant à la peine, il faut prendre garde que la règle *nulla pœna sine lege* ne vaut complètement que pour le droit pénal interne applicable à un crime de droit commun. Elle fléchit nécessairement pour s'adapter à des circonstances exceptionnelles du droit public, les causes du droit politique par exemple, c'est ainsi qu'en France la Cour de justice dans une affaire récente a pu proclamer sa souveraineté et puiser dans cette souveraineté le pouvoir discrétionnaire de déterminer et de choisir la peine applicable. Cour de justice, arrêt du 6 août 1918; *J. O.*, 8 août 1918, p. 6.678 et s.). Cet exemple n'est pas unique et des précédents pourraient être aisément retrouvés en France ou à l'étranger. Or, si ce droit appartient aux hautes cours dans les grandes causes politiques, à plus forte raison, doit-il être reconnu aux juridictions de l'ordre international dans les grands procès internationaux. Ces déductions sont d'accord avec le processus spécial de la formation du droit international. Les disciplines juridiques internes et le droit international sont à un stade différent de leur évolution. Le droit criminel interne est arrivé au dernier degré de la codification. Le droit des gens au contraire, est encore en grande partie à l'état de formation.

1. *Journal de droit international*, t. XLVI, 1919, p. 155 à 156.

Le droit pénal international en est encore à ce premier stade de l'évolution où le droit se forme par réaction contre le fait, où l'appel ne s'appuie que sur la conscience du juge, où le juge lui-même n'apparaît que pour sauver le criminel de la vengeance. »

Ce problème a été également envisagé par Ihering (1) et Triepel. Ce dernier (2) explique d'une part qu'une loi pénale rétroactive serait valable, mais condamnable au plus haut degré, et ne serait d'ailleurs en aucune manière justifiable par aucune raison de droit international. D'autre part, toutefois, il affirme que c'est une loi fondamentale du droit des gens que nul Etat n'a le droit de refuser l'accomplissement d'un devoir à cause d'une lacune dans un Code pénal, de sorte qu'il serait obligé à satisfaire aux devoirs de punir malgré le manque d'une loi antérieure, et que par conséquent, il serait forcé, le cas échéant, à édicter une loi rétroactive. Selon son avis, l'existence de la norme au temps du délit commis est indispensable au point de vue éthique et politique mais non au point de vue juridique.

La validité de cette opinion étant admise, Triepel est d'avis qu'il devrait être permis d'en tirer les con-

1. *Evolution du droit (Zweck im Recht)*. Paris 1901, traduit par O. de Meulenære, p. 283, n° 179.

2. *Droit international et droit interne (Völkerrecht und Landesrecht)*. Paris, 1920, traduit par René Brunet (dans la « Bibliothèque du Droit des gens de la Fondation Carnegie »).

séquences. D'après lui, la création d'une norme n'est pas du tout une suppléance du droit interne sans laquelle l'Etat ne pourrait remplir son devoir pénal international ; ce qui est absolument indispensable, ce n'est que la loi pénale pour autant qu'elle soit issue du droit pénal. L'état de droit créera certainement la règle partout où il est obligé à punir, non pas parce qu'autrement il serait incapable de punir, mais parce que des considérations politico-juridiques lui défendent de punir un acte qu'il n'avait pas menacé de peine.

Or, s'il est un principe communément reconnu, c'est qu'un crime ou délit qui à l'époque du fait n'était pas menacé de peine, ne peut être poursuivi. Ce principe est inséré dans la plupart des Codes pénaux. D'ailleurs, il se trouve dans certaines constitutions qui excluent expressément la punition d'un acte non encore menacé de peine à l'époque où il a été accompli (1).

Il faut donc que le principe selon lequel les lésions causées aux sujets propres ne sont pas passibles de poursuite criminelle si elles n'étaient pas incriminées à l'époque du fait, soit appliqué aux lésions

1. Voy. Les Constitutions des Etats-Unis d'Amérique (Section 9, art. 3) ; de la Pensylvanie (art. 7) ; du Mexique (art. 14) ; de l'Argentine (art. 18) ; de la Serbie (art. 12) ; du Brésil (art. 11, 30) ; de la Norvège (art. 97) ; de la Grèce (art. 7) et de la Russie (Ukas de 1906, art. 74). Cf. Dareste, *les Constitutions modernes* ; t. II. Paris, 1910.

causées aux étrangers, parce que, abstraction faite d'un devoir spécial de répression, ceux-ci ne peuvent pas prétendre à une protection criminelle plus forte que celle accordée aux sujets mêmes de l'Etat. Mais il n'y a pas encore là de réponse satisfaisante à notre question, parce que cette solution ne se rattache qu'indirectement au devoir de punir selon le droit des gens reconnu. Il nous reste donc à examiner la situation qui se présente au moment où un Etat s'est obligé par traité à réprimer des cas déterminés. Peut-il en pareil cas se prévaloir du même principe du *nultum crimen sine lege*? Nous croyons pouvoir répondre affirmativement à cette question s'il s'agit de cas auxquels ne s'oppose aucune disposition contractuelle. Car on ne peut attribuer à l'intention contractuelle des Etats qu'une telle demande de répression de criminels puisse se produire de la part d'une des parties contractantes, si la loi requise n'y est pas encore établie, puisqu'une telle manière de procéder viendrait à l'encontre du dit principe de justice généralement reconnu. Cette manière de voir se justifie naturellement si l'on envisage le fait que le traité ne contient aucune disposition expresse dans le sens contraire. En ce cas, il n'y a qu'à s'exécuter. *Pacta sunt servanda*.

Il nous reste encore à examiner la question de savoir si les coutumes de la guerre ne portent pas de dispositions qui s'écartent de l'ordre d'idées dominant.

La doctrine anglaise, surtout chez Oppenheim (*International Law*, 1912, vol. II) et le *Manuel of military law* (1) expriment l'avis que, selon le droit international en vigueur, toutes les infractions aux lois de la guerre, qu'elles soient commises par des soldats ou par des civils, peuvent être soumises aux lois pénales de l'adversaire, sans tenir compte de l'adversaire, sans tenir compte de leur incrimination dans les codes pénaux.

Dans tous les cas prévus par l'article 442 du *Manuel of military law* les belligérants sont en droit de rendre responsables après leur capture des sujets ennemis qui se sont rendus coupables des actes visés, jusqu'à leur appliquer la peine capitale.

1. Cf. les articles 449 à 451.

Article 449 : « Des poursuites pour crimes de guerre peuvent être entreprises par des cours militaires ou par d'autres tribunaux déterminés par les belligérants intéressés. Toutefois une enquête doit précéder l'application de la peine, car la plus grande attention doit être apportée à borner la répression à l'auteur effectif de l'acte incriminé.

Article 450 : « Tout crime de guerre peut être puni par la mort, mais une peine plus légère peut être appliquée. Des punitions corporelles sont exclues et toute cruauté doit être évitée. La peine doit être intimidante, mais il ne faut point oublier que la rigueur outrée pourrait pousser la population à la rébellion.

Article 451 : « En rendant un jugement d'emprisonnement il faut voir si la rémission de la peine après la fin de la guerre est probable. Il n'y a pas de droit de demander rémission de la peine et il n'est pas dans l'intérêt de l'humanité de garantir un tel droit, parce qu'autrement les belligérants seraient forcés de prononcer des peines capitales plus souvent que nécessaire. »

D'une manière analogue, on faisait valoir en Allemagne même qu'outre les sanctions du Code pénal il y avait les règles des « coutumes de guerre » (Kriegsbrauch) selon lesquelles des soldats ennemis violant les règles de la guerre risquent de ne pas être traités comme prisonniers de guerre et d'être punis comme des criminels ordinaires. On voit qu'il s'agit ici d'une application à des étrangers des règles du droit international, apparaissant sous la forme d'une procédure judiciaire. Suivant les nécessités du cas en question, la libre appréciation sera concédée au Conseil de guerre, non seulement pour ce qui concerne la question de culpabilité, mais aussi quant à la fixation de la peine. De plus, on est d'avis que tout acte hostile, toute insubordination, tout manque de déférence constitue un délit punissable selon les coutumes de la guerre, et que ces actes sont passibles de jugements ; on prétend que le Code pénal militaire ne contient pas une codification complète des coutumes de la guerre, et que ces règles des « coutumes de guerre » existent à côté des lois pénales de l'Etat (1).

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué plus haut, il est indubitable que les Etats ont toujours rendu responsables les violateurs des coutumes de la guerre, quand ils étaient tombés dans leurs mains. De telles

1. *Deutsche Strafrechtszeitung*, 1915, p. 7 et s. *Archiv für Militärrecht*, 1908, p. 13 et s.

répressions ont eu lieu sans égard à ce que les actes réprimés eussent été ou non l'objet d'une codification pénale. Comme aucune interdiction en ce sens n'a été convenue par aucun traité, on ne peut prétendre qu'une restriction ait été formulée par les parties belligérantes. L'unique restriction apportée par le droit conventionnel est l'introduction de l'article 30 dans le Règlement de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre. Dans le sens de cette disposition, on doit supposer, dans tous les cas qu'une punition sans procédure est inadmissible et que cette règle, sauf raison valable, doit être comprise non comme prescription exceptionnelle en faveur des espions, mais comme principe général.

C'est pourquoi les Etats ne violent pas le droit des gens en condamnant des sujets ennemis selon les usages de guerre, quoiqu'aucune loi ne prévoie la répression du crime ou délit. Le droit de guerre international autorise à cette manière de procéder. Les Etats ont le choix d'agir, ou d'après le droit pénal, ou d'après les coutumes de la guerre. A l'objection que les organes de l'Etat ne peuvent appliquer le droit international, mais seulement le droit interne, ce qui exclut une punition suivant les coutumes de la guerre, on peut répondre que celles-ci appartiennent à l'ancien droit coutumier des Etats de la communauté internationale et, pour cette raison, implicitement au droit national

de ces Etats. Il s'agirait seulement de savoir si ces règles de droit coutumier ne sont pas exclues par des lois ultérieures.

III. — Les sanctions pénales du traité de Versailles pour les crimes et délits de guerre

Les articles 228 à 230 du Traité de Versailles contiennent des dispositions qui sont d'un éminent intérêt pour le droit pénal et le droit international et dont l'étude est d'un grand avantage pour l'intelligence et l'éclaircissement de notre sujet. Nous quittons la sphère des délibérations théoriques et nous nous trouvons en face de la réalité. Nous éprouvons la nécessité d'examiner si les résultats obtenus jusqu'ici dans notre étude sont également applicables aux actes de guerre contraires au droit des gens survenus pendant la Guerre Mondiale (1).

Dans les conditions de paix, les dites dispositions sont conçues comme suit :

Art. 228. — « Le Gouvernement allemand reconnaît aux Puissances Alliées et Associées la liberté de traduire devant leurs tribunaux militaires les personnes accusées d'avoir

1. L'article 173 du Traité de Saint-Germain conclu entre les Puissances Alliées et Associées, d'une part, et l'Autriche d'autre part correspond à l'article 278 du Traité de Versailles.

commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre. Les peines prévues par les lois seront appliquées aux personnes reconnues coupables. Cette disposition s'applique nonobstant toutes procédures et poursuites devant une juridiction de l'Allemagne ou de ses Alliés.

Le Gouvernement allemand devra livrer aux Puissances Alliées et Associées, ou à celle d'entre elles qui lui en adressera la requête, toutes personnes qui étant accusées d'avoir commis un acte contraire aux lois et coutumes de la guerre, lui seraient désignées, soit nominativement, soit par le grade, la fonction ou l'emploi auxquels les personnes auraient été affectées par les autorités allemandes.

Art. 229. — « Les auteurs d'actes contre les ressortissants d'une des Puissances Alliées et Associées seront traduits devant les tribunaux militaires de cette Puissance. Les auteurs d'actes commis contre des ressortissants de plusieurs Puissances Alliées et Associées seront traduits devant des tribunaux militaires, composés de membres appartenant aux tribunaux militaires des Puissances intéressées.

Dans tous les cas, l'accusé aura droit à désigner lui-même son avocat.

Art. 230. — « Le Gouvernement allemand s'engage à fournir tous documents et renseignements, de quelque nature que ce soit, dont la production serait jugée nécessaire pour la connaissance complète des faits incriminés, la recherche des coupables et l'appréciation exacte des responsabilités. »

Nous voyons que ces prescriptions donnent à l'Entente le droit pénal et la juridiction sur certains

ressortissants allemands accusés d'avoir violé des lois et coutumes de la guerre. L'obligation d'extrader ces personnes sur la demande des Etats de l'Entente est stipulée à charge du Gouvernement allemand.

C'est l'article 228 qui contient ces principes. L'article 229 les complète par des dispositions concernant la compétence juridictionnelle et par la prescription garantissant un droit de défense. La garantie donnée dans l'article 230 par les Puissances Alliées et Associées de la détermination la plus scrupuleuse de la criminalité, de l'examen des questions de culpabilité et de responsabilité par les tribunaux chargés de la poursuite est d'une importance extrême. L'article 230 stipule en outre, que dans les articles 228 et 229, il s'agira de procédures ayant pour but de rechercher à déterminer la faute et la peine et l'on comprend par là qu'il s'agit de satisfaire ainsi au sentiment de la justice dans toute la mesure du plus sincère pouvoir humain. Il ne s'agit donc pas d'actes arbitraires, mais de l'exécution de procédures légales.

Or, quelles sont les données fondamentales de droit pénal et le droit des gens reprises dans les dites dispositions du Traité de Versailles qui nous permettent de pénétrer dans le droit pénal et d'extradition mis en vigueur par les Puissances Alliées vis-à-vis de l'Allemagne ?

Tout lecteur du Traité devra examiner cette ques-

tion, à moins qu'il lui importe seulement d'émettre à la légère un avis d'approbation ou de défiance.

Selon une conviction juridique fréquemment exprimée aujourd'hui, un Etat pourra exiger le droit de réprimer des crimes et délits dirigés contre lui-même ou ses ressortissants, sans tenir compte du lieu de la perpétration de ces crimes et délits. C'est le soi-disant « principe réel ou de protection » qui, dans la législation pénale de nos jours se manifeste diversement et dans une étendue plus ou moins grande. L'Etat part du fait qu'à l'ordinaire les crimes et délits commis contre son propre intérêt soit sur un territoire étranger ou, pendant une opération de guerre, même sur le territoire de l'Etat occupé, ne trouvent pas de résistance suffisante au lieu de leur perpétration. C'est pourquoi le législateur national dépasse régulièrement les limites de son propre pays ou en première ligne le droit pénal est compétent (principe de la territorialité).

En agissant ainsi, l'Etat tend à renforcer la garantie de la protection de ses propres droits. On se dispense donc de tenir compte du conflit régulièrement causé entre la mise en valeur du principe réel et l'autorité pénale de l'Etat adverse, sur le territoire duquel le crime ou délit avait été commis. On trouve maints exemples de l'application législative de ce « principe réel ou de protection », notamment dans l'article 2 du Code français d'instruction crimi-

nelle, l'article 10 du Code de procédure pénale belge de 1878, le paragraphe 4 du Code pénal allemand. L'application la plus marquée du principe réel ou de protection se trouve dans le projet d'un Code pénal suisse, de 1918. Dans les articles 4 et 5 ce projet pose en principe le droit général et conforme au droit pénal suisse de punir non seulement tous ceux qui, à l'étranger, commettent des lésions à l'Etat suisse et à sa défense, mais aussi ceux qui lèsent même un ressortissant suisse.

Les prescriptions de l'article 228 du Traité de Versailles sont basées sur cette idée du principe réel, l'Entente s'est attribuée le droit de décider si et de quelle manière doivent être poursuivis les actes contraires aux lois et coutumes de la guerre commis pendant les hostilités par des ressortissants allemands vis-à-vis de ceux des Puissances Alliées et Associées. Pour la procédure, elle défère la compétence aux cours militaires des Puissances Alliées et Associées (art. 229, alinéa 1 et 2.)

L'exception péremptoire du *ne bis in idem* est expressément exclue par l'alinéa 1^{er} de l'article 228 pour le cas où un juge allemand ou allié s'occuperait d'un des crimes et délits dont l'Entente s'attribue elle-même la juridiction. Il est donc déclaré dans les conditions de paix que dans une affaire criminelle traitée par les tribunaux de l'Entente, ceux-ci ne tiendront aucun compte de ce qu'une procédure criminelle aurait

déjà eu lieu, soit en Allemagne, soit dans un autre Etat allié de l'Allemagne. Cette disposition n'est pas absolument nouvelle. C'est un principe généralement reconnu qu'une procédure faite à l'étranger n'établit pas une *exceptio rei iudicatæ*. La peine une fois expiée doit être comprise dans l'autre récemment infligée. Ce n'est pas la sentence pénale étrangère mais presque toujours l'exécution seule de la peine infligée par le tribunal étranger qui détermine la fixation de la nouvelle peine (1).

Si l'on admet un *jus puniendi* de deux Etats, on doit poser le principe de l'unité de la peine, c'est-à-dire que la peine purgée dans l'un des Etats doit être mise en compte par l'autre. Ce principe est inflexible. La plus forte des punitions doit être prise comme base des autres ; celles-ci peuvent être exécutées mais elles doivent être mises en compte de manière que pour leur soustraction des autres il n'en soit en réalité exécuté pas plus que la plus forte d'entre elles. La solution est la même que dans les cas de plusieurs créanciers solidaires dont l'un a une créance

1. Cf. Les Codes pénaux qui admettent par principe la mise en compte d'une peine purgée et dont nous citons le § 7 du Code pénal danois de 1866 ; le § 13 du Code pénal norvégien de 1902 ; l'article 8 du Code pénal italien de 1889 et le § 5 du Code pénal japonais de 1907.

En opposition à ces Codes, il en est quelques-uns qui excluent toute poursuite quand un jugement de rémission ou d'acquittement a été rendu pour le même fait par un tribunal étranger. Voir les articles 5 à 7 du Code français d'instruction criminelle, et le § 13 du Code pénal hongrois.

majeure ; ce qui est attribué à l'un des créanciers doit être soustrait de la masse de manière que l'excédent soit attribué au créancier favorisé. La pensée dominante c'est que les Etats sont, il est vrai, des organismes indépendants, mais qu'ils ont le devoir de collaborer tous à la même œuvre de justice. La prépondérance du pouvoir de punir ne doit donc pas entraîner une cumulation de peine (1). Dans cet ordre d'idées, l'Institut de droit international a proposé, le 7 septembre 1883, la disposition suivante :

Art. 12. — « Toutes les fois qu'il y a lieu d'exercer de nouvelles poursuites après un jugement prononcé à l'étranger, on tiendra compte de la peine que le coupable a déjà subie du chef du même fait. L'appréciation de la peine sera dans ce cas souveraine. »

Et un des nombreux traités panaméricains, celui de Montevideo, conclu le 12 février 1889 entre l'Argentine, la Bolivie, le Paraguay, le Pérou et l'Uruguay, prescrit pour pareils cas :

Art. 4. — « Quand il ne s'agira que d'un seul délinquant, il n'y aura qu'un seul jugement et on devra appliquer la peine la plus forte de celles qui sont établies dans les différentes lois pénales lésées. Au cas où la peine la plus forte ne serait

1. Baldus, *Cons.*, V, 124 : « Absurdum est quod in tot locis puniatur in quot foram sortitur... » « Quando sunt plures accusationes... una consumit alteram. »

pas atteinte par l'Etat jugeant du délit en question, on appliquera une peine d'importance approximative. »

Par la disposition du Traité de Versailles excluant l'exception du *ne bis in idem*, et assurant l'exécution des procédures en question sans tenir compte d'éventuelles procédures ou poursuites faites par un tribunal de l'Allemagne ou de quelqu'un de ses alliés, le principe réel peut être considéré comme proclamé. Rien ne dépendra ni du lieu ni de l'autorité sous la domination desquels un des actes susmentionnés a été perpétré. On ne tiendra compte que de l'existence d'actes lésant des ressortissants des Puissances Alliées et Associées. Il fallait aussi assurer l'application du principe réel mis en vigueur par les art. 228, alinéa 1^{er} et 229 du traité. Ce principe devait rester inefficace autant qu'un Etat quelconque était à même de soumettre à un jugement national un délinquant qui, à l'étranger, avait lésé les intérêts de cet Etat ou de ses ressortissants. Cette possibilité n'existant point, un droit pénal basé sur le principe réel devra échouer. L'inculpé séjournant à l'étranger ne comparaitra pas volontairement en justice par le fait que l'Etat engagé à la poursuite l'exigera ; selon le droit en vigueur jusqu'à présent l'extradition n'est point possible, s'il s'agit d'un national. C'est justement le paragraphe 9 du Code pénal allemand qui, d'accord du reste avec la doctrine régnant sur le continent européen pose le principe qu'« un

Allemand ne doit pas être livré à un gouvernement étranger pour être poursuivi ou puni ».

L'alinéa 2 de l'article 228 du Traité de Versailles vient à l'encontre de cette règle de non-extradition de sujets d'un Etat dans l'autre. Il est vrai que l'alinéa en question est lui-même en contradiction avec le principe de la non-extradition de nationaux, principe généralement reconnu dans le droit international continental ; mais il ne faut pas perdre de vue que les Etats anglo-américains ont de tout temps soutenu le point de vue opposé et qu'ils admettent en principe de livrer leurs propres sujets aux magistrats du pays où le crime ou délit a été commis.

Il y a aussi nombre d'auteurs français et allemands qui combattent la règle en vigueur sur le continent européen, c'est-à-dire qui exigent en principe l'extradition des nationaux (1).

A la demande de l'extradition, la délégation allemande à la Conférence de la Paix objecta que « selon le droit en vigueur » l'Allemagne n'en pourrait assumer la responsabilité de livrer ses nationaux étant

1. Comp. Garraud, dans les *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, t. XVII, p. 563 ; Mendelssohn-Bartholdy, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, VI, p. 205, 212 et s., 310 ; et du même auteur, un article dans la *Deutsche Strafrechts-Zeitung*, année 1914, I, p. 90 et s. ; en outre von Liszt, *Lehrbuch des Strafrechts*, 22^e éd., p. 104, et le *Volkerrecht* du même auteur, 2^e éd. ic., p. 234.

donné que le paragraphe 9 du Code pénal allemand défendait de livrer à l'étranger les ressortissants allemands. Cette remarque n'est pas justifiée. Il s'entendait de soi-même que par le Traité de paix le droit en vigueur devait être modifié en certains points. La cession de territoires allemands dépend, conformément au droit d'autrefois, d'une modification de la Constitution. Pourquoi la législation allemande n'a-t-elle pas fait une objection de même nature à l'article 227 ? Pourquoi la prescription du paragraphe 9 serait-elle sacrosainte au point qu'une modification dudit paragraphe ne pourrait être concédée à l'égal de celle d'autres prescriptions du droit en vigueur ? La délégation remarquait qu'on voulait imposer à l'Allemagne la violation d'un principe légal qui lui était commun avec la plupart des Etats et qui jouissait, partout où il était en vigueur, de l'autorité d'un principe juridique fondamental garanti par la constitution. Comment la délégation pouvait-elle caractériser comme bien commun de la plupart des peuples la règle de la non-extradition des propres sujets, bien qu'il soit, comme nous l'avons dit, constant que la Grande-Bretagne et ses colonies et territoires, ainsi que les Etats-Unis d'Amérique n'hésitent pas à livrer leurs nationaux ? Du reste, lorsque la délégation affirmait que le principe « jouissait là où il était en vigueur de l'autorité d'un droit fondamental », affirmait-elle une chose indubitable ? Il paraît qu'il y

a là une erreur. Le principe de la non-extradition n'est pas garanti par la plupart des constitutions nationales. Il serait même permis de croire que l'article 112 de la nouvelle Convention de l'Allemagne, du 11 août 1919, s'y oppose en quelque sens. Car il stipule qu'aucun Allemand ne peut être livré à un gouvernement étranger pour être puni ou poursuivi. Pourquoi s'est-on avisé d'insérer dans cette Constitution une telle prescription qui se trouve déjà au paragraphe 9 du Code pénal, si ce n'est précisément pour lui donner sinon une consécration, du moins une confirmation de publication solennelle, vraiment définitive ? Pourtant l'article 178 de cette nouvelle Constitution stipule que ses dispositions ne portent point atteinte à celles du Traité de paix. L'insertion de cette réserve ne pouvait qu'éveiller quelque méfiance à l'égard du Gouvernement allemand, car la prescription de l'article 178 devient sans doute superflue. Il s'entend que les traités conclus d'une manière obligatoire pour l'Allemagne ne peuvent pas être abrogés par un acte unilatéral de la législation nationale, fût il pourvu de la forme constitutionnelle. Ce principe s'applique au sujet des autres traités en vigueur aussi bien que du Traité de Versailles, lors même qu'on ne publie pas de réserve formelle à leur sujet. Ce principe est observé partout, sans qu'on lui ait nulle part prévu de sanction spéciale. On ne peut comprendre non plus

pourquoi le refus de délivrer des nationaux doive être un « précepte naturel de l'honneur » allemand, tandis que la Grande-Bretagne et les Etats-Unis d'Amérique considèrent l'extradition de leur nationaux comme parfaitement compatible avec leur honneur !

L'alinéa 2 de l'article 228 prévoit le devoir pour le Gouvernement allemand de livrer toutes les personnes accusées d'avoir commis un acte violent les lois et coutumes de la guerre. En outre, il y est prévu que la personne à livrer doit être désignée au Gouvernement allemand soit nominativement, soit par la fonction qui lui aurait été confiée par les autorités allemandes.

Telles sont les formes sous lesquelles l'Entente présente sa demande d'extradition. Selon la teneur de l'article 228, la demande d'extradition d'une personne doit être accompagnée d'indications précises. Ces indications sont de nature double :

1° L'Etat exigeant une extradition désignera et ce sera le cas ordinairement, le nom de la personne à livrer ; mais hors cela l'Entente se réserve le droit de ne désigner une personne à livrer que par l'emploi ou la fonction auxquels elle était affectée. C'est qu'on pense à des cas où la désignation nominative n'est pas possible et ne peut pas être donnée assez distinctement. On pense peut-être au commandant d'un endroit occupé ou d'un camp de prisonniers, person-

nalités qui seraient inconnues ou imparfaitement connues des pays requérants. En ce cas, il suffira de désigner la personne à livrer par son grade ou par son emploi. A cet égard il suffirait par exemple d'une indication de ce genre : la personne qui à une époque précise était chargée du commandement de la ville de X... dans la première quinzaine du mois de septembre 1914.

2° En outre, la demande d'extradition, selon les alinéas 1 et 2 de l'article 228 doit contenir des indications sur les crimes ou délits imputés à la personne réclamée. Le texte se contente du terme collectif « actes contraires aux lois et coutumes de guerre ».

Cette qualification se réfère à la totalité des dispositions de droit de guerre international, considérées en ce qu'elles comportent des incriminations et qualifications criminelles et délictuelles, qui forment pour ainsi dire un code des crimes et délits contraires aux lois et coutumes de la guerre. On peut donc s'attendre pour chaque cas au renvoi à la disposition du droit de la guerre sur laquelle se base l'Etat pour réclamer l'extradition. Il suffira à ce qu'il semble, que la demande d'extradition contienne, à côté de la description la plus exacte possible du crime ou délit imputé, l'indication que ce crime ou délit est considéré comme violation des lois et coutumes de la guerre. La mesure d'une telle prescription se trouve, par exemple et surtout dans les articles 23 et suivants du

Règlement de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, ainsi que dans les incriminations et qualifications criminelles et délictuelles contenues dans d'autres conventions internationales.

L'alinéa 1^{er} de l'article 228 du Traité de Versailles stipule en outre : « Les peines prévues par les lois seront appliquées aux personnes reconnues coupables. » Ce ne sont donc que des peines prévues par les lois qui peuvent être infligées, c'est-à-dire qu'il n'est permis d'appliquer que des dispositions pénales déjà prévues dans des lois en vigueur lors de l'établissement du Traité de paix. Comme les dispositions pénales sont attachées dans chaque loi aux incriminations et qualifications criminelles et délictuelles, on ne pourra prendre de dispositions que contre les crimes et délits définis dans de telles lois. Toutefois, la teneur des articles précités du Traité de Versailles admet l'application des lois édictées entre la perpétration du crime ou délit et la conclusion de ce Traité. Ce cas n'a pas d'intérêt pratique parce qu'au cours de cette période on n'a procédé à aucune innovation dans ce sens. Il reste pourtant que selon le sens des traités, on a voulu reconnaître en principe dans les textes cités le *nullum crimen sine lege*. La disposition en question n'a donc pas créé de droit nouveau ; elle n'a qu'une portée déclaratoire : le Traité proclame l'application du droit pénal national de l'Etat allié, qui exigerait

l'extradition d'un sujet allemand. Au fond, on ne veut viser que les dispositions de ces lois pénales nationales, concernant homicide, meurtre, lésion corporelle, rapine, etc..., puisque la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et les autres conventions internationales énumèrent bien d'incriminations et qualifications criminelles et délictuelles, mais qu'elles s'abstiennent malheureusement de fixer une sanction pénale. L'application de ces prescriptions de droit de guerre n'est donc possible qu'en alléguant les dispositions légales des lois pénales nationales françaises, anglaises, belges, etc..., suivant le cas.

Comme il a été dit précédemment, les Etats sont légitimés à poursuivre des sujets ennemis à cause d'actes de guerre contraires au droit des gens. L'Angleterre et les Etats Unis d'Amérique surtout ont soutenu cette opinion longtemps déjà avant la guerre ; mais la France elle aussi a fini par la reconnaître peu à peu. C'est de ce point de vue que l'article 229 du Traité de paix statue pour le jugement des crimes et délits de guerre, la compétence des tribunaux militaires composés de membres appartenant aux tribunaux militaires des Puissances Alliées et Associées intéressées. En raison de ce fait, le Gouvernement allemand, signataire du Traité de Versailles, doit reconnaître la compétence des gouvernements ennemis de faire comparaître devant leurs tribunaux

militaires des personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre.

Examinons à présent de plus près le contenu de cet article : Devront être livrées toutes les personnes accusées d'avoir commis un acte contraire aux lois et coutumes de la guerre. Ces personnes seront soumises à la juridiction militaires des Puissances Alliées et Associées. Ces tribunaux militaires sont-ils vraiment compétents pour le jugement des crimes et délits en question ?

Nous voyons par exemple que le Code français de justice militaire révisé, du 1^{er} avril 1913, admet — ne fût-ce que pour la plupart des cas — la compétence des tribunaux militaires français pour les ressortissants allemands en question et pour d'autres personnes se trouvant sous la protection allemande, à cause de violations des lois et coutumes de la guerre. Selon l'article 63 dudit code « sont justiciables des Conseils de guerre, si l'armée est sur le territoire ennemi, tous individus prévenus soit comme auteurs, soit comme complices, d'un des crimes ou délits prévus par le titre II du livre IV du présent Code ». Conformément à l'article 64 « sont également justiciables du Conseil de guerre, si l'armée est sur le territoire français, en présence de l'ennemi, pour les crimes et délits commis dans l'arrondissement de cette armée :

1^o « Les étrangers prévenus comme auteurs ou

comme complices des crimes prévus par les art. 204, 205, 206, 207, 208, 249, 250, 251, 252, 253 et 254 du présent Code ». Le premier de ces textes vise tous les cas énumérés par le second et s'étend notamment : « à tout pillage ou dégât de denrées, marchandises ou effets, commis par des militaires en bande, soit avec armes, ou à force ouverte, soit avec bois de portes et clôtures extérieures, soit avec violence envers les personnes » (art. 250)... « à la destruction, par l'incendie ou par l'explosion d'une mine, ou même autrement, d'édifices, bâtiments, chantiers ou navires à l'usage de l'armée » (art. 250 et 251)... « au vol ou préjudice de l'habitant » (art. 248)... « au dépouillement des blessés avec peine de mort si pour dépouiller les blessés on leur a fait de nouvelles blessures » (art. 49)... « au meurtre de son hôte, de sa femme, ou de ses enfants » (art. 256).

Nous voyons que l'article 64 justifie absolument *ratione materiae* la compétence des tribunaux militaires français pour le jugement des crimes et délits en question. Ajoutons encore que le Code de justice militaire contient également des dispositions prouvant la compétence affirmée *ratione personae* et *ratione loci*. Voici par exemple la disposition finale de l'article 56 : « Les prisonniers de guerre sont aussi justiciables des Conseils de guerre », et l'article 68 dispose que la juridiction à saisir sera...

« l'un des Conseils de guerre de l'armée les plus voisins du lieu dans lequel le crime ou délit a été commis ».

Les articles cités prouvent que de tels crimes s'ils sont commis en France par des personnes appartenant à une armée ennemie, peuvent être punis sans réserve par les tribunaux français.

En Belgique, en Angleterre et aux Etats-Unis d'Amérique nous trouvons des prescriptions semblables.

Il est vrai que l'extradition n'est pas seulement exigée par les gouvernements français, belge, anglais et des Etats-Unis d'Amérique, mais aussi par ceux de la Serbie, de l'Italie et de la Roumanie. S'il n'existait pas dans ces derniers Etats le même état de droit qu'en France, Belgique, Angleterre et Etats-Unis d'Amérique, on devrait pourtant interpréter le Traité, pour ce qui concerne ces Etats, de la même manière que pour la France, la Belgique, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis d'Amérique, puisque le Traité a été conclu solidairement et que partant aucune divergence d'interprétation ne peut être admise.

Toutefois, les traités de paix ne fondent que de *jus inter partes*. C'est pourquoi les Etats non signataires des traités, s'ils sont invités à livrer des criminels de guerre, ne sont pas tenus de se conformer aux traités de paix ; ils peuvent se baser sur les traités d'extradition existant entre eux et l'Etat demandeur.

Nous nous bornons à l'examen purement juridique de sanctions pénales du Traité de paix de Versailles pour les crimes et délits de guerre, et nous nous abstenons de suivre le cours ultérieur des événements. Nous renonçons également à nous occuper du vif échange de notes entre les Parties contractantes et nous ne relèverons que le fait suivant. Depuis sa conclusion, le Traité de Versailles a été modifié par la note adressée par le Gouvernement allemand le 25 janvier 1920 aux Puissances Alliées et Associées, leur demandant de se désister de l'extradition, en notifiant que les « tribunaux pénaux allemands ont l'ordre d'engager sans retard une procédure pénale, fondée sur la documentation à remettre par les Gouvernements Alliés et Associés, contre tous les Allemands qui leur seront désignés comme accusés d'avoir commis des infractions aux lois et coutumes de la guerre. Il abrogera toutes les lois qui pourraient s'opposer à l'ouverture d'une telle procédure, notamment les lois d'amnistie en vigueur. La compétence de la Cour suprême allemande (Reichsgericht) de Leipzig, est établie ». Et en effet une telle loi a été promulguée en Allemagne le 18 décembre 1919 (*Reichsgesetzblatt*, 1919, p. 212), suivie d'une loi additionnelle, du 24 mars 1920 (*ibid.* 1920, p. 341) (1). Cette loi dispose que :

1. Cf. aussi la loi autrichienne du 19 décembre (*Staats gesetzblatt*, 1918, n° 132).

« Pour l'examen et le jugement de crimes et délits commis pendant la guerre et avant le 28 juin 1919, par un Allemand contre des ressortissants ou des biens étrangers, dans le pays ou à l'étranger, le « Reichsgericht » est exclusivement compétent en première et en dernière instance . »

Les Puissances Alliées et Associées ont pris acte de la déclaration du Gouvernement allemand par leur note du 13 février 1920, en se réservant le droit de faire usage néanmoins du droit d'extradition accordée dans le Traité de Versailles, au cas où les coupables n'auraient pas été frappés de justes peines.

CHAPITRE II

LA RESPONSABILITÉ CIVILE POUR LES CRIMES ET DÉLITS DE GUERRE

Dans le chapitre précédent, nous nous sommes occupés de la responsabilité pénale pour les crimes et délits de guerre. Mais il existe aussi une responsabilité civile, une sanction du droit de guerre selon laquelle tout acte de guerre contraire au droit des gens, soit crime ou délit, oblige l'auteur à dédommager celui qu'il a lésé. C'est cette question d'indemnisation à cause de lésions de prescriptions du droit de guerre ayant qualité de crimes ou délits de guerre, qui nous occupera dans le présent chapitre.

L'idée de la réparation des dommages causés par des violations des lois de la guerre a été exposée pour la première fois par la Conférence de La Haye, en 1907 ; elle est un produit de spéculation juridique, et elle a été accueillie avec scepticisme par beaucoup d'auteurs. C'est M. Pillet qui insiste le plus fortement sur ce doute :

« Les circonstances, dit-il, se prêtent-elles à une véritable indemnisation ? Est-il permis d'espérer qu'après une infrac-

tion aux lois proclamées par la Convention, le particulier lésé, neutre ou belligérant, pourra poursuivre le paiement d'une indemnité, comme il le ferait en temps de paix à la suite d'un délit dont il aurait souffert ? Nous ne le croyons pas, et même il nous semble qu'il faudrait être le jouet d'une illusion singulière, pour entretenir une pareille espérance » (1).⁷

En effet, l'union des deux notions de « guerre » et d' « indemnisation » paraît inattendue ; la confrontation de ces deux notions n'est peut-être pas contraire au sentiment moral, mais fort difficile à concilier avec les préoccupations politiques, parce que c'est l'intérêt des Etats et non, comme dans l'éthique, le respect de la morale, qui dans ce cas est le point de vue prédominant. La première sous-commission de la deuxième Conférence de La Haye devait dans sa quatrième session étudier une motion présentée par la délégation allemande pour obliger les Etats à l'indemnisation en cas d'infractions au Règlement sur les lois et coutumes de la guerre sur terre. Cette motion était ainsi conçue :

« La partie belligérante qui violera les dispositions de ce Règlement au préjudice de personnes neutres, sera tenue de dédommager ces personnes du tort qui leur a été causé. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes fai-

1. *Les Conventions de La Haye*, Paris, 1918, p. 106.

sant partie de sa force armée. La fixation du dommage causé et de l'indemnité à payer, à moins qu'une indemnisation immédiate en espèces n'ait été prévue, pourra être remise à plus tard, si la partie belligérante estime que cette fixation est incompatible, pour le moment, avec les opérations militaires. »

L'exposé des motifs disait qu'il y avait lieu de compléter le Règlement sur les lois et coutumes de la guerre par la fixation d'une sanction aux violations du Règlement.

Ladite motion accompagnée d'une déclaration du délégué allemand, le général major von Gündell, exprime le désir d'assurer l'observation de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre par une sanction basée sur les principes absolument neutres du droit privé, qui assure à toute infraction une conséquence légale, et qui, grâce au développement de sa procédure, est en état de garantir la réalisation. La Convention oblige les gouvernements à donner à leurs forces armées des instructions conformes au Règlement sus-mentionné, et ces instructions forment dès lors une partie des instructions militaires ; la violation ressortirait des lois pénales militaires des différentes armées. Pourtant, cette sanction ne suffit certainement pas à empêcher absolument toutes les infractions individuelles. Les chefs des armées ne sont pas les seuls tenus à observer les prescriptions du dit Règlement ;

celles-ci doivent être observées également par les officiers, les sous-officiers et les soldats.

En conséquence, dans l'état actuel les gouvernements ne seront pas en mesure de garantir la stricte observation des ordres qu'ils ont donnés conformément aux Conventions conclues.

Ensuite, l'exposé de motifs qui accompagna la motion rappelle explicitement l'idée d'indemnisation de droit privé, et prétend qu'elle pourrait être introduite dans le domaine du droit des gens, surtout pour le cas en question. Certes, on ne pourrait pas rester à la pratique de la responsabilité subjective, parce qu'alors l'Etat ne serait responsable qu'au cas d'une *culpa in eligendo* ou *in instruendo* ; au contraire, l'Etat devrait être complètement responsable du fait de ses organes.

Dans la plupart des cas, d'après le délégué allemand, la faute ne pourrait être attribuée au gouvernement lui-même. Mais si les personnes lésées n'avaient pas le droit d'exiger une indemnité de l'Etat adverse ou étaient forcées de s'adresser directement à l'officier ou le soldat coupables, elles se trouveraient dans la plupart des cas, dans l'impossibilité d'obtenir leur dû. C'est pourquoi toute responsabilité en raison d'infractions commises par des militaires doit être imputée à leur gouvernement (1).

1. *Actes et documents de la Conférence de La Haye*, de 1907, III, p. 145.

Une opposition se fit jour sur un point, d'ailleurs très important, et la motion dut être modifiée. Il s'agissait de l'inégalité de traitement des habitants neutres du territoire ennemi et des sujets ennemis mêmes. D'après le texte de la motion allemande les neutres lésés devaient être dédommagés immédiatement c'est-à-dire pendant la guerre, tandis que la question d'indemniser les sujets de l'Etat ennemi ne devait être réglée qu'après la conclusion de la paix. L'opposition qui se manifesta très justement contre cette réglementation portait sur la préférence que l'on voulait accorder par cette prescription aux ressortissants neutres, et à l'inégalité évidente du traitement, incompatible avec le droit de guerre moderne. Le professeur Renault aussi bien que Lord Reay s'opposaient à accorder aux neutres une position privilégiée ; le premier était d'avis que toutes les personnes qui ne participaient pas aux hostilités, devraient être, en tous points, traitées de la même manière. Finalement la proposition allemande a reçu dans l'article 3 de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre la rédaction suivante :

« La partie belligérante qui violerait les dispositions du Règlement sera tenue à indemnité s'il y a lieu, et rendue responsable de tous les actes commis par des personnes faisant partie de sa force armée. »

C'est ainsi que ladite motion eut pour conséquence

que l'article 3 de la Convention eut pour objet une sanction, et pour effet d'appliquer dans le droit des gens le principe du droit privé qui rend le chef responsable des actes de ses employés (V. l'article 1384 du Code civil).

La tendance à faire pénétrer dans le droit international des principes de droit privé existe depuis longtemps. Elle se manifeste dans l'ancienne littérature du droit naturel. Celui-ci apparaissait parfois comme *jus necessarium* et parfois sous les espèces du droit romain.

Il est naturel que dans beaucoup de cas les intérêts de la communauté des nations semblent conformes à ceux de la vie sous l'empire du droit civil interne de membres de cette communauté. Mais nous ne pouvons nous en autoriser pour conclure à des principes positifs de droit fondés sur un de ces arguments douteux, comme de l'analogie, ou la nature du cas, par lesquels on a voulu justifier la possibilité de l'application de règles de droit privé en matière de droit des gens. On ne doit pas perdre de vue les différences dans les relations entre les sujets du droit international et ceux du droit privé, ni mainte autre distinction dans les deux domaines juridiques. Qu'on n'oublie jamais que le droit des gens est un droit des Etats et non des particuliers ni d'un seul Etat. Le système de son élaboration résultera donc de

lui-même et non de l'analogie avec d'autres branches de droit. Contrairement au droit civil, le droit des gens concède libéralement le droit de résiliation d'un traité et fonde cette faculté sur l'argument que le droit des gens ne connaît pas de juge auquel l'appréciation de la *clausula rebus sic stantibus* pourrait être déférée, ou qui serait en état de forcer le défaillant à tenir un engagement pris. S'il est pourtant vrai que l'existence d'un pouvoir judiciaire décisif n'est pas la condition nécessaire de la positivité du droit des gens, cette dernière devra naturellement cesser aussitôt que le jugement d'un cas donné par arbitrage viendra à manquer et que la continuation d'une procédure légale deviendra impossible. Toute violation d'une règle du droit des gens ne comporte pas de suites légales. On peut imaginer que les tribunaux n'auront jamais à tâche de décider de l'observation ou de la violation de certaines règles du droit international. La divergence du droit privé et du droit des gens est évidente là alors où un tribunal devrait intervenir pour rendre possible une procédure régulière et où cet élément vient à manquer par ce qu'il n'existe point.

L'application de toute règle de caractère national ou insérée pour de seules raisons d'utilité dans le système du droit privé est sans doute inadmissible. Il ne peut s'agir que de principes qui constituent des conséquences purement logiques de règles

communément reconnues, dont la validité s'entend d'elle-même dans tout système du droit et pour l'application desquels on ne peut recourir au droit privé et à sa pratique que parce qu'elles sont expressément reconnues et développées dans le système de droit privé, ou qu'elles sont observées journallement dans la pratique de cette branche de droit. De tels principes sont fort rares. Parmi eux nous trouvons par exemple la règle qu'une obligation d'indemnité n'est pas fondée si le dommage aurait été évité et le lésé avait pris les soins nécessaires ; également la règle que celui qui fait valoir une action en indemnité doit prouver le dommage et sa valeur. Cependant, il n'est pas de même de cette autre règle reconnue par tous les systèmes modernes de droit privé, que celui qui est obligé à indemnité à cause de non-paiement d'une dette d'argent liquide doit payer aussi des intérêts de la somme due jusqu'à son paiement. La règle de droit privé stipulant le paiement de ces intérêts, n'est nullement une conséquence logique nécessaire du principe reconnu même en droit des gens que le dommage doit être compensé dans toute son étendue. Ce n'est rien qu'une règle insérée dans les systèmes de droit privé pour des raisons d'utilité et qui se fonde sur l'idée qu'avec le paiement de ces intérêts le dommage est complètement réparé ; elle veut exonérer le lésé, si tant est qu'il n'exige pas

plus que ses intérêts, du devoir de prouver l'étendue du dommage. Donc si elle ne se base que sur de tels arguments, il faut, si on voulait la considérer comme valable en droit des gens, prouver que les Etats sont convaincus de sa validité en cet autre domaine juridique. Or, cette preuve ne peut être déduite de la pratique internationale. Si dans beaucoup de cas les Etats se sont payés sans difficultés de tels intérêts, et si même les tribunaux arbitraux ont conclu à ce paiement, cela prouve seulement que dans nombre de cas, même dans la pratique internationale, on peut trouver dans le paiement d'intérêts une compensation suffisante, mais non que dans la conviction des Etats il existe un principe statuant comme une nécessité le paiement d'intérêts (1).

L'article 3 de la quatrième Convention de La Haye de 1907 a été ordinairement interprété comme reconnaissant une obligation absolue d'indemniser soit des dommages matériels, soit des dommages immatériels. Cependant, on a quelquefois voulu, en se reportant à l'origine et au texte de l'article 3, motiver l'opinion qu'il n'admet une action d'indemnité qu'en

1. Voy. le protocole de la Commission arbitrale établie en 1872, par le Brésil et par le Paraguay justifiant des intérêts sans donner de motifs (*Pasicrisie internationale* de La Fontaine, p. 168). Comparer cependant la Convention conclue entre le Chili et les Etats-Unis d'Amérique du Nord du 6 décembre 1873, qui prescrit de soumettre au tribunal arbitral expressément la question du paiement d'intérêts et la fixation de leur montant (*ibid.*, p. 222).

cas de préjudice pécuniaire (1). Une appréciation impartiale du dit article doit considérer comme mal fondée la première de ces thèses. Il est vrai que la délégation allemande, en proposant la motion, n'aboutissait qu'à indemniser le dommage matériel. Mais la conférence a donné au texte proposé une rédaction beaucoup plus large. Tandis que la motion allemande ne tendait qu'à obtenir une disposition obligeant la partie belligérante à dédommager des particuliers, et même les seuls particuliers neutres lésés, par une infraction au droit de guerre, l'article 3 dans sa rédaction définitive statue pour les parties contractantes l'obligation d'indemniser dans tous les cas de violation des dispositions du Règlement annexé à la Convention susmentionnée. Il est donc incontestable que si même ce texte de l'article 3 ne s'occupait que de l'indemnisation des particuliers, la partie belligérante n'est pas moins tenue de dédommager également le lésé, si la lésion a porté en contradiction au droit des gens, sur la propriété publique, par exemple par le bombardement de bâtiments publics d'une ville ouverte. Bien que la Conférence n'ait pas discuté le cas d'un dommage immatériel, on peut se demander si une action en réparation d'un tel dommage ne pourrait être fondée sur le texte ainsi

1. Hofer, *Der Schadenersatz im Landkriebsrecht* (Abhandlungen aus dem Staats-Verwaltungs und Völkerrecht, XIII, I). Tübingen, 1913, p. 25.

rédigé. On ne pourrait admettre que la restriction « s'il y a lieu » apportée dans le texte à l'obligation d'indemniser soit opposée à une telle action. Il serait évidemment abusif d'attribuer à cette réserve générale une portée spéciale restreignant l'obligation d'indemniser à des cas de dommages matériels. Si l'on ne veut pas trouver dans les mots « s'il y a lieu » autre chose que ce qu'ils signifient, on ne peut à défaut de tout point d'appui explicite les interpréter que dans le sens suivant : conformément à la disposition de l'article 3, l'obligation d'indemniser n'est fondée qu'au cas où sont réunies les conditions préalables générales de l'obligation d'indemniser conformément au droit des gens, c'est-à-dire quand l'acte lésant doit être imputé à la partie belligérante et si la lésion est propre à être réparée. Nous savons que, selon les principes reconnus du droit des gens et selon la pratique internationale usuelle entre nations en temps de paix, le dommage immatériel est également de nature à être indemnisé (1).

Pourquoi une action d'indemnisation ne serait-elle pas également admissible à cause d'une lésion des biens immatériels par des actes contraires au droit de guerre (2). Si un Etat peut, en temps de paix,

1. Voy. la sentence du Président de la République française concernant le cas du Habana Paquet du 16 mars 1883 (La Fontaine, *L. c.*, p. 241) et la sentence arbitrale dans le cas Fabiani, *ibid.*, p. 366 et s.)

2. Schön, *Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen* (Zeitschrift für Völkerrecht). Breslau, 1917, p. 132.

exiger un dédommagement en raison de ce qu'un tribunal étranger a illégalement emprisonné et maltraité un de ses sujets, pourquoi, en temps de guerre, ce même Etat ne devrait-il pas être légitimé à réclamer un dédommagement, si son adversaire, par mauvais traitements, travaux forcés outrés, refus d'alimentation suffisante, etc..., a délabré la santé des prisonniers de guerre, ou s'il a négligé les soins des blessés (1), bien qu'en pareils cas on ne puisse constater un dommage matériel au vrai sens de ce mot? Il est clair du reste qu'en beaucoup de cas un dommage matériel sera indirectement joint au dommage dit immatériel.

Le fait qu'en pareils cas les Etats intéressés se trouvent opposés comme belligérants, ne suffit pas à justifier l'opinion qui exclut toute action à indemniser le dommage immatériel, étant donné qu'on reconnaît que les Etats en guerre doivent suivre les lois de guerre comme règles de droit, et que d'après ces règles, ils doivent respecter certains biens immatériels de l'adversaire tout autant que ses biens matériels. Le Gouvernement allemand lui-même exprime, dans une publication officielle concernant les résultats de la deuxième Conférence de La Haye, l'avis que toute infraction au Règlement annexé à la

1. Voy. les articles 4 à 7 du Règlement annexé à la Convention IV de 1907 ; et l'article 1^{er} de la Convention de Genève de 1864.

Convention concernant les lois et coutumes de la guerre, et par conséquent aussi toute infraction à une règle protégeant quelque bien immatériel, oblige l'Etat à indemniser le lésé.

Cela ne veut pas dire que la lésion de tous les biens immatériels protégés en particulier par le droit de guerre puisse motiver une action en indemnisation. Il ne s'agit d'abord que de repousser l'avis qu'une telle action à cause d'une lésion de biens immatériels ne peut en aucun cas être soulevée entre des parties belligérantes. Si on veut envisager spécialement dans un cas concret la question d'une action en indemnité à cause d'une lésion de quelque bien immatériel, il faudra toujours se demander d'abord si la lésion en question, suivant l'opinion dominante chez les Etats civilisés, est réparable par un paiement en espèces. Il est vrai qu'à ce sujet les opinions peuvent différer. Si pourtant on observe la pratique usuelle des Etats dans leurs relations paisibles et si l'on relève les opinions exprimées dans leur droit interne, on pourra supposer qu'en certains cas, tels que privation illégale de la liberté, lésion de la santé et peut-être aussi de l'honneur individuel, ils croient un paiement en espèces suffisant à l'indemnisation. Au contraire, on ne pourra admettre qu'il soit de l'opinion commune des Etats civilisés, que les lésions de sentiments patriotiques et de convictions religieuses protégés par le droit de la guerre (article 44 à

46 du Règlement de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre) soient entièrement compensables par un paiement en espèces.

Le règlement par des tribunaux arbitraux des différends qui peuvent survenir dans cette matière est sans conteste une solution idéale de notre problème. Le dit article pourrait alors ouvrir les voies à un vaste mouvement en vue de soumettre la guerre sur terre aux sentences d'un tribunal arbitral international. Cependant, en tâchant d'atteindre ce but, un tel mouvement a trouvé et trouvera certainement une vive opposition. Nous savons par exemple qu'en 1906, les Allemands ont refusé de soumettre à un tribunal arbitral ses différends qui, en temps de guerre, pourraient s'élever au sujet de l'interprétation de certains articles de la Convention de Genève. Ils motivaient leur opinion en prétendant qu'aucun tribunal arbitral ne devait se mêler d'affaires concernant les actes immédiats de la guerre (1). Cette manière de voir est tout à fait fausse ; si elle se trouvait généralement partagée, elle écarterait toute chance de règlement des différends internationaux par la voie arbitrale. Les sentiments de justice, comme du reste les progrès de l'idée du droit

1. Par une singulière ironie des choses, c'est seulement une année plus tard que l'article 3 a été introduit dans la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre à la demande formelle de la délégation allemande.

doivent au contraire pousser les Etats en général à prévoir le règlement arbitral de toutes les actions en dédommagement.

Car dans ce cas, il s'agit de questions de pur droit, et non de ces questions d'honneur ou d'intérêts vitaux qu'on ne peut ramener au niveau d'un dédommagement matériel. Il est évident que ceux qui ont avancé une telle opinion n'ont eu en vue que l'état de paix, mais il est vrai aussi qu'en temps de guerre, la situation est toute autre ; car quel que soit le caractère des lésions du droit faites en temps de guerre, la reconnaissance et la contestation du devoir d'indemniser ne sont pas seulement des questions d'argent, mais en même temps et surtout des atteintes à l'honneur. Or, dès la création de la Cour internationale d'appel en matière des prises, une ère nouvelle s'est ouverte, où l'on met au second plan l'opinion qui veut voir soustraire à l'arbitrage international les actes de guerre et les atteintes à l'honneur et aux intérêts suprêmes des Etats. Selon les prescriptions de cette Cour, il n'est pas seulement possible, sous certaines conditions préalables, de contester devant elle les jugements des conseils de prises nationaux, mais il n'y a non plus aucune clause qui vise spécialement « l'honneur et les intérêts » de l'Etat lésé, comme on en trouve dans la plupart des traités d'arbitrage. Nous nous trouvons en face d'un tribunal international qui s'occupe aussi des actes de guerre

d'un Etat et déclare, le cas échéant, la nullité des jugements des conseils de prises. Il va sans dire qu'en ce cas il ne s'agit pas seulement de l'honneur, mais parfois aussi des intérêts suprêmes de l'Etat ; et enfin une telle juridiction pourra éventuellement s'immiscer directement dans les affaires concernant la conduite de la guerre.

Quoique les décisions des tribunaux arbitraux de nos temps ne représentent que peu de matériaux relatifs au développement de la doctrine de l'indemnisation pour infractions au droit de guerre, cette documentation ne doit pas être négligée, à plus forte raison rejetée.

En fait, les tribunaux arbitraux devraient être les seules cours de justice qui aient qualité pour rendre des jugements en matière d'indemnisation internationale. Il va sans dire qu'un tel tribunal fonctionnera suivant la pratique arbitrale et fondera ses jugements sur les principes du droit des gens que cette pratique a suivis. Nombre de conventions par lesquelles l'établissement ou la taxation d'une action d'indemnisation sont déferées à un tribunal arbitral, contiennent un article qui s'adresse aux juges ou aux commissions pour les exhorter à juger conformément aux principes du droit des gens à la pratique et à la jurisprudence établis par des tribunaux analogues. Cette prescription

se rencontre si souvent dans les conventions prévoyant l'arbitrage, que nous pouvons la considérer comme usuelle (1).

Puisque le juge, chargé de statuer sur un cas concret, est obligé de tenir compte de la pratique des tribunaux arbitraux, nous devons, nous aussi, attacher notre attention à cette pratique, c'est-à-dire aux règles de droit coutumier qui en peuvent être dérivées. Il est vrai que bien des cas de la juridiction arbitrale soit à cause de leur inconséquence, soit parce qu'ils sont uniques, n'entrent pas en considération, quand il s'agit d'établir une pratique; d'autre part, la pratique arbitrale a développé un certain nombre de règles dont la connaissance n'est passans importance.

Quoique, comme nous l'avons vu, dans les doctrines de l'indemnisation il n'existe pas de différences de principe entre la doctrine du droit privé et celle du droit des gens, la théorie de l'indemnisation, comme elle a été exercée jusqu'ici par les tribunaux arbitraux internationaux, se présente sous un tout autre aspect que dans le droit privé. Ce fait résulte à la fois de la divergence entre le droit des gens et le droit privé, et des nombreuses restrictions, déjà signalées au cours de ce travail, qu'oppose nécessai-

1. Voy. par exemple l'article 6 de la Convention conclue entre la France et le Chili le 2 novembre 1882 (*ibid.*, p. 234), l'article 5 de la Convention conclue entre la France et le Chili le 19 octobre 1894 (*ibid.*, p. 481) et la Convention conclue entre l'Italie et le Pérou le 25 novembre 1899 (*ibid.*, p. 614).

rement le droit des gens à l'accueil d'une institution de droit privé.

La question de la reconnaissance de principe d'une action d'indemnité est traitée bien différemment dans le droit des gens. Et encore la question de savoir quels sont les infractions motivant une telle action et lesquels d'entre eux ne sont pas reconnus par le droit des gens, est toute autre que dans le droit privé. C'est que l'arbitre international ne peut se baser sur le droit civil et, qu'au contraire la doctrine du droit des gens, ses notions et ses principes forment l'unique source de connaissance. Naturellement, ceux-ci sont plus élastiques et moins précis ; la plupart sont impropres à être saisis par la législation. Le grand nombre d'infractions énumérées dans les codifications de droit privé pour motiver une action d'indemnisation, ne sont pas, il est vrai, sans influence sur le droit des gens, puisqu'ils ne manquent pas de logique juridique et que cette logique se retrouve dans toutes les branches du droit ; toutefois ils ne sont pas déterminants pour le droit des gens. En formant leurs jugements, les juges arbitraux s'en tiendront, autant que le cas concret le permettra, aux notions du droit, et, dans les questions se rapportant à l'indemnisation, à la doctrine précise du droit privé. Ils devront toujours observer les circonstances extérieures qui, en droit des gens, sont de toute autre nature qu'en droit privé.

Examinons maintenant, jusqu'à quel point la pratique arbitrale a développé dans les limites du droit des gens, les principes plus ou moins précis, propres à servir de base à la juridiction arbitrale dans les questions d'indemnisation (1). Pour notre problème ces principes ne seront, cependant, valables que dans des cas analogues à ceux qui se rapportent à la conduite de la guerre. Parmi ces principes il s'en trouve, par exemple, qui résultent de la pratique arbitrale internationale, notamment le suivant : là où il s'agit de la taxation d'un dommage, il ne devrait être fait de différence de principe entre la taxation conformément au droit des gens valable en temps de paix et celle du droit de la guerre ; quoique, finalement, il soit nécessaire de distinguer entre ces deux cas. Cette opinion est appuyée sur nombre de documents de juridiction arbitrale ; dans tous ces documents, nous trouvons une taxation du dommage fort précise pourvu que l'obligation de dédommager ait été connue.

Dans un traité du 5 mai 1829 entre le Brésil et la Grande-Bretagne (*La Fontaine*, p. 91), par lequel les parties contractantes convenaient de charger un tribunal arbitral de fixer l'indemnisation à effectuer par le Brésil pour la capture de navires anglais, les points suivants furent stipulés comme base de la

1. Voy. Hofer, *l. c.*, p. 70 et s.

I. B. Poljokan

fixation de l'intérêt : 1° le Gouvernement brésilien s'engage à indemniser la valeur entière des navires et de leurs cargaisons, et de même pour ceux qui, hors d'état d'utilisation, devront être vendus tels, sous déduction du produit net de cette vente. D'ailleurs, sera indemnisée ; 2° le montant entier des frais de la restitution et de toutes les dépenses faites en vue de rendre ces navires navigables ; 3° toutes les sommes payées pour droits de port et d'ancrage ; 4° les montants des frais de transport et de transit, payables au port d'arrivée, mais qui n'avaient pas été payés à cause de la confiscation des navires ; 5° les pertes supportées par les navires à cause de la non-exécution de leurs contrats de transport ; 6° les droits de stationnement pour le temps de la détention et selon les tarifs anglais ; 7° toutes les sommes payées pour des magistratures et des commissions et les frais des mesures prises en vue de défendre les navires et leurs cargaisons ; 8° tous les salaires et frais d'entretien du personnel resté au Brésil pour la défense des navires jusqu'à l'accomplissement de la sentence ; 9° les indemnités des cargaisons générales seront fixées conformément aux connaissements des cargaisons jadis confisquées ; et cela 10° conformément aux prix facturés en plus des frais et de 10 0/0 du montant total de la perte marchande, et 11° d'une indemnité pour les cargaisons lésées, ruinées ou perdues, augmentée de 10 0/0 pour les béné-

fices de marché non réalisés. Des détails comme droits de douane, frais spéciaux, etc... sont stipulés dans d'autres articles. Cet exemple d'un calcul d'indemnité montre clairement la précision avec laquelle le dommage total peut être établi, même dans une affaire internationale soustraite aux tribunaux civils.

Il suffit de jeter un coup d'œil dans la pratique des tribunaux arbitraux pour reconnaître aussitôt cet autre principe que, généralement, des juges arbitraux prennent toujours pour mesure l'étendue et la portée entière du dommage. Pour le montrer, nous signalerons la Convention du 18 juillet 1850 entre la Grande-Bretagne et la Grèce, spécialement les articles 1 et 2 du Rapport de la Commission arbitrale (*La Fontaine*, p. 115) ensuite la sentence prononcée le 12 mars 1893 dans l'affaire entre l'Italie et le Portugal (*La Fontaine*, p. 415).

Ces jugements entrent dans tous les détails joints au fait causant le dommage, comme frais de procès et de voyage, et surtout bénéfices non réalisés. Dans la pratique arbitrale, on trouve même un cas, où l'action d'indemnisation ne vise qu'au dédommagement des bénéfices non réalisés. Il s'agissait de la détention illégale d'un bateau à vapeur américain à La Havane en 1870, par le Gouvernement espagnol (*La Fontaine*, p. 154-155). La sentence arbitrale intervenue fixe le dédommagement à fournir par le Gouvernement espagnol : 1° de l'interruption des

affaires pendant cent quatorze jours ; 2° des frais de réparation de navire ; 3° des frais du procès et 4° des salaires du personnel. On pourrait encore mentionner la sentence portée par F. de Martens dans l'affaire entre la Grande-Bretagne et les Pays-Bas, du 13 au 25 février 1897 (*La Fontaine*, p. 509, 511) en faveur d'un capitaine de navire baleinier arrêté illégalement par le gouvernement néerlandais :

« Attendu que la détention non justifiée du capitaine Carpentier lui a fait perdre la meilleure partie de la saison de la chasse au baleines. »

* Dans ce cas des bénéfices, non réalisés ne sont même pas positivement démontrables, et ils sont pourtant adjugés au lésé. Le juge arbitral s'est contenté de constater qu'il était fort probable que le navire baleinier aurait fait bonne pêche.

Ce même principe a été appliqué dans un jugement sur rupture de contrat ; la sentence dit que le dommage causé à une partie par rupture de contrat n'embrasse pas seulement en principe *damnum emergens* mais aussi *lucrum cessans* (1).

En conséquence, on peut dire que ce principe n'a pas seulement vaincu en droit privé, mais aussi en

1. Sentence prononcée le 13 juillet 1896 par les légistes suisses nommés par le Conseil fédéral par mandat des parties en question en vue de l'accommodement d'un différend entre la Grande-Bretagne et la Colombie (*La Fontaine*, p. 552).

droit international, et que désormais il est reconnu de toutes parts. C'est un des principes qui, par suite de jugements arbitraux, peuvent être posés avec sûreté.

D'ailleurs, nous trouvons dans un Règlement concernant la procédure arbitrale dans l'affaire d'indemnisation entre la France et le Chili, du 18 octobre 1894 (*La Fontaine*, p. 481), le principe que pour la constatation et la fixation d'un dommage il faut une forte documentation, surtout quand il s'agit d'un dommage indirect. L'article 1^{er} du dit Règlement exige surtout que la partie requérante remette au tribunal arbitral une note accompagnée de tous les documents et pièces justificatives. La question est exposée dans l'article 7 de la manière suivante : la requête devra contenir une exposition claire et détaillée de la réclamation, c'est-à-dire le montant de la prétention, l'endroit des événements, la nature, la quantité et la valeur des biens perdus, ruinés ou lésés, enfin les faits et circonstances relatifs à la perte ou au dommage à indemniser. Il va sans dire qu'on est fondé à exiger de telles spécifications. Elles sont indispensables pour la procédure d'un tribunal arbitral qui doit juger légalement et équitablement. Nous pouvons donc considérer comme un principe de la réglementation des affaires d'indemnisation en droit de guerre la prescription que toute action devrait être appuyée d'une documentation précise, démontrant tous les faits relatifs à la lésion de droit et de ses conséquen-

ces, et annonçant la preuve du rapport de la cause à effet, quelque difficile qu'il puisse être de la trouver. Du reste, malgré cela, la tâche des juges arbitraux restera extrêmement difficile, puisque dans chaque cas spécial, il s'agira d'examiner la légalité de l'action.

Or, si les dites indications viendraient à manquer, alors que les juges arbitraux en auraient besoin pour constater et fixer le dommage, aucun jugement équitable du différend ne serait imaginable, et cette magistrature en serait réduite à errer dans le vague et dans l'obscurité.

Si nous envisageons à présent le dédommagement de mauvais traitement et d'autres dommages corporels, nous pouvons tirer de la pratique arbitrale un autre principe pour notre question du droit de la guerre. Le droit des gens reconnaît en principe une action d'indemnisation à cause de lésions corporelles. Une telle action a été constituée dans la décision sus mentionnée du Président de la République Française (1) ; cette décision considérait comme facteur important, hormis les autres faits, l'emprisonnement et le mauvais traitement de sujets de l'une des parties. En 1863, le gouvernement britannique éleva contre le Pérou en faveur d'un de ses sujets une action d'indemnisation basée sur les motifs suivants :

1. V. p. 109, note 1.

1° Arrestation et long emprisonnement illégale à cause d'une accusation grave mais absolument insoutenable ; 2° les peines et inconvénients causés au sujet pendant son emprisonnement, etc.. (*La Fontaine*, p. 45 et s.).

Abordons maintenant la question des droits résultant du principe de l'indemnité, c'est-à-dire de la mise en valeur par des particuliers des actions en réparation de dommages, conformément à l'article 3, introduit dans le droit national. On peut distinguer les deux cas suivants : ou bien les particuliers ont le droit subjectif de diriger leur action en indemnité directement vers l'Etat étranger (la voie diplomatique étant supposée), ou bien le gouvernement est obligé de recouvrer le dédommagement pour le compte de son sujet. Dans le premier cas, nous devons nous demander si les individus lésés par des infractions au Règlement de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sont légitimés à réaliser eux-mêmes leur droit et à le faire valoir vis-à-vis de l'obligé, c'est-à-dire vis-à-vis de l'Etat étranger. Il est certain qu'il faut répondre négativement à cette question. Il n'y a pas de voie légale suivant le droit international de nos jours, par laquelle la réalisation d'un droit accordé à l'individu par une règle internationale pourrait être assurée, tant qu'il n'existe pas de tribunal international fondé pour connaître de tel cas. La

notion de tout droit subjectif exige que son porteur ait lui-même pouvoir de réalisation et faculté d'exécution par l'obligé. Pour rendre possible l'exercice de ce droit et de cette faculté, il faudrait qu'il y eût des institutions auxquelles l'individu lésé pourrait s'adresser et desquelles il pourrait réclamer la réparation du dommage.

Ni dans la théorie, ni dans la pratique du droit des gens nous ne trouvons de point d'appui en cette question. C'est qu'il manque une puissance capable de mettre l'individu en possibilité de réaliser en sa propre faveur la situation prévue dans une règle de droit international, et que tant que cette possibilité n'existe point, il ne peut être question ni de droits internationaux subjectifs de l'individu, ni de l'exécution directe de ses actions d'indemnité. Mais peut-être pourrait-on imaginer que cette puissance matérielle et formelle manquant à l'individu, lui serait accordée par la communauté des nations ? Si l'on partage l'opinion que la capacité juridique internationale n'est pas une capacité innée, mais attribuée par le droit, la difficulté peut-être levée (1). Bien que nous devions constater que l'individu n'est pas capable de se constituer des droits dérivés de conventions internatio-

1. Voy. Jellinek, *Das System der subjectiven öffentlichen Rechte*, 2^e éd., 1905, p. 314 : « Ce n'est pas le pouvoir inné, mais le pouvoir accordé et reconnu par le droit qui forme la substance de tous les droits subjectifs internationaux. »

nales et qu'on puisse considérer comme subjectifs, il faut pourtant admettre que des actions de nature à être réalisées puissent être concédées à l'individu par la communauté internationale. Cette communauté pourrait poser une règle propre à légitimer un individu à faire valoir et à réaliser des droits vis-à-vis d'Etats étrangers. Le droit international en est capable et il l'a déjà fait ; mais dans les cas où il ne le fait pas, on ne peut trouver de droit subjectif. Les articles 3 et 4 de la Convention relative à la Cour internationale des prises maritimes rédigée à la Conférence de la Haye, de 1907, concèdent à des particuliers neutres et ennemis le droit de déposer leurs demandes et actions par voie du recours devant une instance internationale, préposée aux conseils de prises nationaux, c'est-à-dire devant la Cour internationale des prises. Ce droit existe et pour des particuliers et pour les Etats ; son exécution est liée à certaines conditions préalables, qui cependant n'atteignent pas le principe de notre problème. Dans la doctrine du droit des gens, ce droit subjectif d'un individu n'a pas de pareil. Il faut le reconnaître sans toutefois en tirer la conséquence que des individus soient généralement des sujets du droit international (1). Il ne s'agit pas ici d'un droit résulté de la relation de l'individu à la communauté internationale,

1. Westlake, *Chapters on the principles of international law*, 1894, p. 2 ; Lawrence, *Principles of international law*, 1900, § 55.

mais d'une concession faite par la communauté aux ressortissants de ses Etats membres et qui n'existerait pas, si elle n'était pas stipulée expressément dans la dite Convention.

La seule condition sous laquelle un droit subjectif puisse être concédé aux individus vis-à-vis de la communauté internationale de droit, n'est pas remplie pour notre question d'indemnisation : le droit d'élever une action directe contre des Etats étrangers n'a pas été concédé aux individus par la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et il n'existe donc point.

Il faut se demander de quelle autre manière un particulier peut arriver à être indemnisé. Nous arrivons ainsi à la seconde éventualité. Le Gouvernement a-t-il le devoir de recouvrer l'indemnisation pour compte de ses sujets ?

L'article 3 ne donne naissance qu'à des actions entre un Etat et un autre, mais nous savons que la règle a été créée dans l'intérêt des individus aussi bien que dans celui des gouvernements. Si l'individu n'a pas la possibilité de faire valoir son droit auprès de la communauté internationale, il est du devoir de l'Etat de protéger les intérêts de ses sujets. L'Etat, en se chargeant, formellement d'exécuter les actions de ses sujets, fait valoir sa propre action subjective vis-à-vis du gouvernement ennemi.

Quoique la règle internationale vise à accorder à

l'individu une action, la réalisation de cette action dépend du consentement du gouvernement duquel ressortit cet individu. Il sera laissé à la libre appréciation de chaque Etat de protéger ou non de la manière susdite les intérêts de ses ressortissants; c'est là une question absolument interne, dont chaque Etat décide pour son propre compte. En général, les Etats modernes sont engagés par leurs constitutions à protéger les intérêts de leurs sujets vis-à-vis de l'étranger. Il ne se trouverait du reste pas d'Etat qui ne fût prêt à prendre sous sa protection les intérêts de ses ressortissants. Cette supposition s'applique également à la question de dédommagement. Sans être les sujets de ses réclamations, des particuliers seront dédommagés pour les lésions qu'ils ont souffertes et ils se trouvent donc renvoyés, quant à leurs actions, à leurs gouvernements, afin que ceux-ci assurent le recouvrement de l'indemnisation en question par le gouvernement étranger.

Est-il possible d'accueillir sans aucune restriction la doctrine de l'indemnisation dans la partie du droit international qui s'occupe du droit de guerre? On est par exemple forcé de tenir compte de la circonstance qu'il n'existe pas de tribunal suprême auquel la question litigieuse pourrait être soumise. Sous ce rapport le droit de la guerre sur terre est resté en arrière sur le droit de la guerre maritime, lequel, en

établissant la Cour des prises a créé, au moins sur le papier, une juridiction internationale compétente à connaître de certains cas de guerre.

Le droit de guerre sur terre ne connaît pas une telle juridiction, quelque indispensable qu'elle soit en général et spécialement par rapport à la question du dédommagement. Qui donc alors portera une sentence ? Evidemment celui qui sera le plus fort ! Même dans le cas où le vainqueur reconnaîtra les demandes de l'ennemi vaincu comme suite aux infractions commises au droit pendant la guerre, il se dédommagera d'une autre manière, en fixant une plus forte indemnité de guerre. Et si, un tribunal arbitral vient à fixer les actions d'indemnité réciproques, la partie triomphante serait toujours en état d'augmenter d'avance le montant du dédommagement dans la mesure où elle pourra être elle-même rendue responsable de dommages envers la partie vaincue. L'indemnité de guerre est fixée par le vainqueur aussi bien que les conditions de paix. Si celui-ci reconnaît son obligation d'indemniser, l'accomplissement matériel ne dépendra que de sa propre volonté. Il peut parfaitement se soustraire à ce devoir sans commettre une lésion formelle du droit des gens. Il est évident que cela arrivera bien des fois, car le vainqueur, en fixant les conditions de paix, veut se dédommager de tous les frais que la guerre lui a causés. Ces conditions seraient donc proportionnées

aux sacrifices faits pour la guerre, de quelque sorte qu'ils aient été.

Vis-à-vis de l'Etat vainqueur la position du vaincu est critique et grave. Matériellement épuisé, complètement réduit à l'impuissance, il est forcé d'accepter toutes les conditions que le vainqueur lui impose. Comme il est ordinaire, le vainqueur, pour ce qui concerne les dommages soufferts par les lésions de droit, exigera des réparations beaucoup plus élevées que l'Etat vaincu n'en pourrait demander ; c'est-à-dire que le vainqueur pourra se dédommager à discrétion et de toutes les manières possibles, tandis que le vaincu sera forcé de se soumettre à ces décisions. Il dépendra du vainqueur d'apprécier dans quelle mesure il voudra exploiter la situation de son adversaire vaincu (1).

Le principe de l'indemnisation ne pourra tirer ses effets aussi longtemps que la fixation des conditions de paix dépendra du vainqueur et non d'un tribunal arbitral. Car autrement le plus fort peut toujours se soustraire à leurs effets, consommant ainsi la victoire de la force sur le droit. En ce cas, seuls les particuliers, profitent de la disposition de l'article 3, puisque les dommages qu'ils ont soufferts seront réparés, dans la forme par l'Etat ennemi, en réalité par leur propre gouvernement.

1. V. Pillet, *l. c.*, p. 107.

La grave responsabilité que les Etats ont assumée en insérant l'article 3 dans la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, opprimerà donc surtout les petits Etats qui, par la règle de l'indemnisation, sont à la merci de leurs adversaires supérieurs en force. Si, au point de vue théorique du droit, la responsabilité de tous les Etats est égale, elle réagit donc en réalité à coups redoublés sur le plus faible auquel le dit article portera préjudice.

Puisque la question de dédommagement est théoriquement une question de droit, ce qu'elle devrait aussi être en pratique, les parties contractantes, pour la résoudre devraient s'adresser à un tribunal arbitral ; car il est contraire à la nature du droit qu'une partie soit juge dans sa propre cause. Pour empêcher de tels inconvénients il n'y a que la juridiction arbitrale avec tous ses avantages et imperfections.

Mais arrivera-t-il qu'après la fin de la guerre les Etats vainqueurs se serviront de cette manière légale de résoudre, les différends ? Ne donneront-ils pas à cette question matérielle le caractère d'une question d'honneur national, dont la soumission à un tribunal arbitral n'est pas compatible avec la « dignité » de l'Etat (1) ?

Il y a, du reste, nombre de difficultés incluses dans

1. V. Pillet, *l. c.*, p. 110.

ce problème ; nous ne citerons que celles relatives à la preuve du dommage et de l'imputation de la culpabilité. Cette imputation n'est pas facile à établir, car il n'y aurait pas seulement à prouver que dans une bataille le dommage n'a pas été causé de concert, mais aussi qu'il a été uniquement causé par l'ennemi ; il devra aussi être prouvé qu'il y existe une lésion du droit. M. Pillet dit à ce sujet : « Les faits pourront être contestés ; ils le seront dans la plupart des cas. Comment procéder à une enquête au milieu du fracas des armes, où réunir les témoins, où rechercher les auteurs responsables ? *Onus probandi incumbit actori*. Le demandeur ne pourra presque jamais faire la preuve exigée » (*loc. cit.*, p. 108).

CHAPITRE III

LES REPRÉSAILLES ET LES CRIMES ET DÉLITS DE GUERRE

Si nous envisageons la responsabilité pénale de crimes et délits de guerre, nous pensons en première ligne à la responsabilité individuelle des auteurs de tels faits, éventuellement à la responsabilité subsidiaire des Etats ou des individus qui peuvent être rendus responsables d'avoir ordonné des actes contraires aux lois de la guerre ; mais nous écartons de propos délibéré le cas d'une responsabilité pénale collective et de l'infliction de peines collectives pour des faits individuels, de peines se rapportant à une partie ou à la population entière.

Pour le châtimement des atrocités collectives, il peut se faire que, dans beaucoup de cas, les représailles ou toute autre mesure coercitive collective soient le seul moyen de punir, mais pour les crimes et délits de guerre, et ici il ne s'agit que d'eux, il faut une action de la justice et un châtimement individuel.

Ainsi que le dit M. Dumas :

« Le sens de la justice ne peut se satisfaire de mesures brutales, dont l'effet se concentre sur les moins coupables. Certes les représailles constituent une puissante voie de fait, mais il est impossible de discerner en elles aucun caractère de justice distributive, attributive ou même vindicative dans le sens pénal de ce mot » (1).

Si, néanmoins, nous comprenons dans notre étude la question des représailles, c'est parce que nous voyons dans la représaille une des sanctions servant à l'Etat lésé par des crimes et délits de guerre à garantir une action se rapportant à la manière pour l'adversaire de faire la guerre conformément au droit des gens.

On ne peut nier que la protection de principes de violation du droit des gens est plus faible que la protection accordée aux autres branches du droit. Car, en temps de paix déjà, la représaille présente le seul auquel on peut recourir en cas de lésion du droit international positif. Il en est de même en temps de guerre ; car un ancien droit coutumier permet aux Etats d'user de mesures de rétorsion, même défendues, afin de forcer l'adversaire à abandonner sa manière d'agir illégale. C'est donc un principe reconnu que de telles mesures ne sont admises qu'au cas où elles ont pour but de ramener l'adversaire à la voie légale. En outre, il est

1. *Loc. cit.*, p. 24.

indubitable que les représailles sont des armes plus énergiques en temps de guerre qu'en temps de paix. On pourra même dire qu'en temps de guerre elles sont le seul moyen d'empêcher l'ennemi de continuer à commettre des infractions au droit international. La question est excellemment traitée par le Dr Lieber, auteur des *Instructions for Government of the Armies of the United States in the field* (1).

La question des représailles est une de celles qui ont soulevé le plus de difficultés dans le droit international. Elles présentent, en effet, des inconvénients dont le plus radical est sans contredit la difficulté extrême qu'on rencontre à les proportionner aux actes reprochés. Un reproche tout aussi grave qu'on peut leur faire, c'est d'atteindre le plus souvent la population paisible, inoffensive et parfaitement étrangère aux événements.

1. « Le droit de la guerre ni le droit des gens dont il forme une branche, peuvent se passer complètement des représailles. Il y a même des peuples civilisés considérant les représailles comme le trait le plus sévère de l'aspect de la guerre. Il arrivera souvent qu'un ennemi déloyal ne laissera à son adversaire aucun autre moyen de se défendre contre la répétition d'offenses barbares » (art. 27.) L'auteur continue : « Par conséquent, les représailles ne seront pas considérées comme actes de vengeance, mais seulement comme des moyens inévitables qui doivent être appliqués avec précaution, c'est-à-dire qu'après information minutieuse du cas qui semble les réclamer. Par des représailles injustes ou inconsidérées, le belligérant s'écartera de plus en plus des règles modérant la conduite de la guerre, et on reviendra à la guerre d'extermination des peuples sauvages. » Art. 28) ; le texte anglais se trouve dans l'*American Journal of International law*, VI, 1913, p. 108.

Enfin, comme dit M. Mérignhac, « elles attirent d'autres représailles de plus en plus dures et, grâce auxquelles le conflit se transforme en une série d'excès continus et systématiques, ramenant aux atrocités de guerre primitives d'extermination » (1).

Ce fut peut-être en prévision de cette triste conséquence que le projet élaboré, en vue de la Conférence de Bruxelles, de 1874, par M. de Martens, contenait la motion suivante (art. 69 à 71) :

« Les représailles ne sont admises que dans les cas extrêmes, en observant, autant que possible, les lois de l'humanité, quand il sera irrécusablement prouvé que les lois et coutumes de la guerre ont été violées par l'ennemi et qu'il a recours à des moyens réprouvés par le droit des gens. Le choix des moyens et l'étendue des représailles doivent être en rapport avec le degré d'infraction de droit commis par l'ennemi. Des représailles demesurément sévères sont contraires aux règles du droit des gens. Les représailles ne seront admises qu'avec l'autorisation du commandant en chef qui aura également à fixer le degré de leur rigueur et leur durée. »

Au cours des négociations (2) de la Conférence de Bruxelles, le premier délégué russe, Jomini, présenta un texte modifié portant le nouveau titre *Des viola-*

1. Art. cit., p. 9.

2. Actes de la Conférence de Bruxelles, 1874, p. 20.

tions des lois et coutumes de la guerre et conçu en ces termes :

« Les violations des lois et coutumes de la guerre par une des parties belligéantes, dispensant l'autre partie de leur observation, la justice et l'humanité exigent qu'il soit mis des limites aux représailles. Celles-ci ne seront admises que comme moyen de faire cesser une violation du droit commise par l'ennemi et jamais à titre de vengeance. Elles ne devront jamais dépasser l'infraction commise. Elles n'autoriseront jamais le recours à des peines plus sévères que celles admises dans la législation pénale de l'armée qui les inflige. Elles n'auront jamais lieu que sur l'ordre formel du commandant en chef de l'armée et sous sa responsabilité. »

Cette motion fut attaquée par les délégués de tous les Etats et en premier lieu par le délégué italien, le colonel Comte Lanza. Enfin, le délégué belge, Lambermont, proposa de « sacrifier cet article odieux sur l'autel de l'humanité » et de laisser sous la sanction de la conscience publique la matière dans la sphère du droit non écrit jusqu'à ce que le progrès de la science et de la civilisation rende possible une solution complètement satisfaisante.

Accompagné de ces phrases sonnantes, cet article fut sacrifié non sur l'autel de l'humanité mais sur celui d'une toute autre idole. C'était une prognose presque prophétique que celle de Jomini disant : « Si l'on pouvait supprimer la chose elle-même en s'abstenant

d'en prononcer le nom, je ne pourrais qu'y consentir ; mais si l'affaire reste sous l'influence de la nécessité de guerre, je crains que ce silence et ce manque de clarté effacent les limites de celle-ci » (1).

L'avenir devait prouver la vérité de cette opinion. Malgré cet avertissement énergique, la Conférence de La Haye de 1899 n'a pas essayé non plus de régler la dite matière, qui resta donc dans l'obscurité. Ce qui restait sans solution c'était surtout l'importante question de savoir si des représailles donnent le droit d'entreprendre des contre-représailles. En partant de l'idée que des représailles, tout comme la défense légitime, sont des moyens propres à empêcher le tort futur, on ne peut pas plus connaître la légalité de contre-représailles que celle d'un droit légitime de contre-défenses. Un tel droit ne pourrait être reconnu que contre la transgression des limites du droit de représailles comme il est admis dans le cas d'une transgression de la défense légitime (2). Mais les limites du droit de représailles sont restées sans définition. Si par contre on considère les représailles comme actes de revanche ou de vengeance, opinion permise par le fait qu'on leur donne aussi le nom de « peine », on devra admettre des contre-représailles. C'est aussi malheureusement en oppo-

1. Actes, 1874, p. 194.

2. H. Lammasch, *Das Voelkerrecht nach dem Kriege*. Christiania, 1917 (Publications de l'Institut Nobel norvégien, t. III).

sition à l'avis de Jomini, l'opinion de la pratique usuelle. Mais alors les deux parties belligérantes glissent progressivement sur une pente fatale ; la représaille ne fait naître que des maux encore pires, et le dernier mot appartiendra à celui qui pourra le plus longtemps résister aux effets de sa propre réaction.

C'est en vain qu'à Bruxelles en 1874 on a essayé de réglementer les représailles ; et, devant les difficultés de l'entreprise, les Conférences de La Haye de 1899 et 1907 ont également gardé le silence en ce qui les concerne. Les codifications internationales du droit de la guerre ne se sont donc pas occupées des représailles, alors qu'elles ont été pratiquées à toutes les époques et restent autorisées aujourd'hui encore par la coutume internationale. Quelque souhaitable qu'il puisse être de supposer que la Conférence de La Haye, par son silence, ait rejeté les représailles, cette supposition est insoutenable, puisque le rapport dressé par M. Rolin sur le droit de la guerre sur terre vise expressément les représailles en spécifiant : « sans rien préjuger quant aux représailles » (1).

Les représailles appartiennent plutôt aux parties réservées par le Préambule de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre,

1. Despagnet se fonde surtout ce que l'obligation d'indemniser proposée par l'article 3 de la Convention IV de 1907 a remplacé la représaille (*Cours de droit international*, p. 859).

à un achèvement ultérieur de la réglementation du droit de la guerre, parties pour lesquelles cependant on devait provisoirement se décider suivant « les principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre les nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique » (1).

Aucune codification internationale définitive n'existant encore à ce sujet, nous rappelons deux dispositions nationales pour tirer les principes nécessaires à la compréhension et à la solution de la question. Ainsi on doit citer les articles susmentionnés 27 et 28 de l'Instruction du Dr Lieber pour les troupes américaines en campagne. Voyons encore la question des représailles traitées d'une manière détaillée par le *Manuel of Military law* anglais (1914) dans son 14^e chapitre, article 452, 455 à 457 et 459, 460 dont nous citons le texte en note (2).

1. Actes II, p. 46.

2. Art. 452. — Des représailles entre les belligérants sont des talions pour des actes de guerre illégaux en vue de faire respecter à l'avenir par l'ennemi les lois reconnues de la guerre. Elles sont admises par la coutume comme des moyens indispensables pour garantir la régularité dans la manière de conduire la guerre. Le seul fait qu'on s'attend à des représailles à cause des violations des lois de la guerre est d'un effet extrêmement intimidant. Elles ne sont pas les moyens de punition ou de vengeance arbitraire, mais des moyens de coercition.

Art. 456. — « Une infraction aux lois de guerre une fois définitivement constatée, il faut d'abord faire tous les efforts pour découvrir et punir les auteurs respectifs. C'est seulement dans le cas où cela est impossible que d'autres mesures doivent être

Enfin, rappelons aussi que l'Institut du droit international à Oxford en 1880 a posé les règles suivantes : « Les représailles sont une exception douloureuse aux principes d'équité d'après lesquels un innocent ne doit pas souffrir pour un coupable et à celui qui veut que chaque belligérant se conforme aux lois de la guerre, même sans réciprocité de la part de l'ennemi. Mais cette dure nécessité est tempérée par les restrictions suivantes : « Les représailles sont formellement interdites, dans le cas où le dommage dont on a lieu de se plaindre a été réparé » (art. 85, alinéa 2). « Dans les cas graves où des représailles apparaissent comme une nécessité impérieuse, leur mode d'exercice et leur étendue ne doi-

prises au cas où la partie belligérante offensée les croit justifiées. En règle générale, la partie belligérante ne doit pas tout de suite procéder à des représailles ; elle adressera d'abord une réclamation à l'ennemi dans l'espoir d'empêcher tout renouvellement de l'acte offensif ou d'assurer la punition du coupable. Cette voie devrait toujours être choisie, à moins que la sécurité des troupes n'exige pas une réaction immédiate et que les coupables ne puissent être découverts.

Art. 457. — « Même si l'appel adressé directement ou indirectement à l'ennemi pour obtenir réparation a échoué, il faudra, avant de procéder à des représailles considérer s'il ne vaut pas mieux agir moralement sur l'adversaire par un appel à sa conscience en vue de l'amener à se conformer aux lois de la guerre. »

Art. 459. — « Il dépendra de la partie offensée de choisir le genre de représailles. Des actes commis par voie de représailles ne doivent cependant pas être excessifs ni dépasser la gravité des violations commises par l'ennemi. »

Art. 460. — « Les représailles ne doivent pas avoir lieu ni être continuées si l'adversaire donne satisfaction de ces actes illégaux. »

vent jamais dépasser le degré de l'infraction commise par l'ennemi. Elles ne peuvent s'exercer qu'avec l'autorisation du commandant en chef. Elles doivent respecter dans tous les cas, les lois de l'humanité et de la morale (art. 86).

De ces divers documents, on peut dégager les principes suivants :

A) Des représailles ne doivent pas être appliquées si l'adversaire accorde réparation.

B) Elles ne doivent pas être appliquées qu'après information de l'adversaire.

C) Elles doivent être proportionnées au tort souffert et ne doivent donc pas dépasser le degré de la violation causé par l'adversaire.

D) En aucun cas elles ne doivent être contraires aux lois de l'humanité et de la justice.

E) Elles ne doivent pas être ordonnées que par le Gouvernement ou par le commandant en chef d'une armée.

Voyons dans quelle mesure ces pensées ont trouvé accès dans le droit des gens positif et si elles y ont acquis la valeur de règles impérieuses.

Le principe A ne cause pas de difficultés. Nous avons vu que des représailles sont admises comme réaction contre un tort causé par l'adversaire et en vue d'en empêcher le renouvellement. Si l'adversaire a puni l'auteur et a réparé le dommage, il n'y a plus de mal. Du moment qu'il poursuit l'auteur, il n'y a

plus lieu à représailles puisque la poursuite prouve l'intention de l'adversaire de ne plus tolérer de telles infractions au droit, de sorte que la répétition ne peut pas être supposée. Le droit au dédommagement est naturellement réservé. Mais comme en général l'Etat lésé ne saura pas de quelle manière l'adversaire a répondu au tort commis par ses organes, le principe A ne prendra une grande importance pratique que si le principe B fixe en droit des gens l'obligation d'informer l'adversaire avant que les représailles soient envisagées. En effet, il arrive souvent que les parties belligérantes protestent solennellement contre un tort causé par l'adversaire et qu'en même temps elles annoncent des représailles ; il se trouve de telles dispositions dans des règlements internationaux (1), mais il n'y a pas de principe établi de droit des gens qui ordonne une telle procédure. Aussi on ne peut pas prouver l'efficacité du principe contenu dans le point E. Ce qui est certain, c'est que généralement une représaille, appliquée par un autre organe que le Gouvernement ou le commandant en chef d'une armée, n'établit pas un tort imputable à l'Etat auteur, si bien entendu, elle est justifiée.

1. Cf. la Convention de Berne, du 28 avril 1918, conclue entre les Gouvernements de la France et de l'Allemagne, dont l'art. 42 est conçu en ces termes : « Aucune mesure de rétorsion contraire au droit des gens aux accords existant entre les deux Etats ne pourra être prise par l'un des deux gouvernements à l'égard des ressortissants de l'autre Etat, qu'après un préavis d'un mois. »

M. Mérighac (1) constate quelque chose d'analogue dans la disposition de l'article 51 du Règlement de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, selon laquelle « aucune contribution ne sera perçue qu'en vertu d'un ordre écrit ou sous la responsabilité d'un général en chef ». Dans le cas susmentionné au contraire, l'auteur agit à ses propres risques et c'est lui qui est responsable si son acte n'est pas couvert par le commandant de l'armée. Quant aux principes C et D nous rappelons cette prescription de l'alinéa 8 du Préambule de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre :

« En attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties Contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptée par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».

Ici comme ailleurs (2) nous avons la déclaration

1. *Les lois et coutumes de la guerre sur terre*. Paris, 1903, p. 212 et s.

2. Cf. l'article 7, alinéa 2 de la Convention relative à la Cour internationale des prises maritimes. « S'il manque de règles communément reconnues, la Cour jugera conformément aux principes généraux de la justice et de l'équité. » Dans l'alinéa 5 même une force

positive que les principes de justice et d'humanité sont des sources subsidiaires du droit des gens. C'est ainsi que lesdits principes opposent un obstacle insurmontable à tous les actes de guerre dont la définition ne se trouve pas encore dans le droit écrit. Conformément à une doctrine reconnue, ces actes comprennent aussi les représailles. Des actions cruelles et perfides ne sont permises en aucun cas même en guise de représailles (Principe B). Le principe de la proportionnalité (Principe C) est reconnu en droit international aussi bien que le principe d'une juste rétorsion. Ajoutons que la représaille, ne pouvant par définition être admise qu'en vue de retenir l'adversaire de commettre d'autres violations, manquera son but si elle est excessive, puisqu'alors elle engagera l'adversaire à arrêter les contre-représailles. Une représaille excessive est donc un moyen incapable d'atteindre son but naturel, ce but qu'on ne doit atteindre qu'au moyen d'actes réguliers. Il résulte de ce que nous venons de dire que la représaille légitime est un droit de l'Etat lésé. Elle lui sert à assurer chez l'adversaire une conduite de la guerre conforme au droit des gens et elle excède des bornes de la protection accordée par ce droit subjectif, en

dérogatoire au droit écrit est attribuée à ces sources : La Cour des prises pourra négliger des déchéances de procédure prévues dans la législation de la force armée de l'Etat preneur si elle est d'avis que leurs conséquences sont en contradiction avec la justice et l'équité. »

devenant une des sanctions du droit de guerre objectif (1). Si elle reste dans ces limites légales, il ne doit pas y avoir de contre-représailles. L'adversaire violant le droit devra supporter la représaille comme conséquence du tort qu'il a commis.

1. Verdross, *Die voelkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten*, Berlin, 1920.

CHAPITRE IV

LES LIMITES DE LA RESPONSABILITÉ POUR LES CRIMES ET DÉLITS DE GUERRE

I. — La responsabilité pénale des subalternes dans des crimes et délits de guerre

Au cours du moyen âge on a souvent discuté le problème du droit de la guerre relatif à l'obligation pour les sujets de suivre l'ordre de l'autorité les appelant au combat. Ce point discutable a été décidé presque toujours dans le sens que les soldats sont obligés à obéir au commandement de leur chef à moins que l'illégalité de l'ordre ne soit évidente (1). Il est vrai que les théologiens et canonistes discutent seulement la question de savoir s'il est

1. Cf. les auteurs cités par Vanderpol dans son ouvrage sur « Le Droit de guerre d'après les théologiens et les canonistes du moyen âge », Paris et Bruxelles, 1911 ; nous ne citons d'après lui que : Augustin, *De civitate Dei*, XXII, 75 ; Cajétan, *Summula*, V ; Victoria, *Relectiones theologicæ*, VI, 31 ; Soto, *De justicia et jure*, lib. 5, qu. III, article 5 ; Suarez, *De triplici virtute theologali, de caritate*, disp. XIII, sect. VI.

permis aux soldats de participer à une guerre injuste (*bellum injustum*). Mais il va sans dire que les principes doivent être appliqués à tous les actes de la guerre.

La manière de voir de la théologie du moyen âge ne présente pas seulement un intérêt historique. On verra qu'elle se retrouve dans beaucoup de codes modernes. Ce sont eux qui vont nous occuper à présent.

En France, le Code pénal prescrit dans l'article 114 : « Lorsqu'un fonctionnaire public aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire et attentatoire ; si néanmoins il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera dans ce cas appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre. »

La question des limites de l'obéissance militaire est venue devant la Chambre des députés, le 29 juillet 1881, lors de la discussion de l'article 25 du Projet de loi sur la liberté de la presse. Renvoyant à l'article 218 du Code de justice militaire pour l'armée de terre, qui punit de peines graves « tout militaire qui refuse d'obéir à un supérieur hiérarchique », la Chambre a accepté la résolution prise par la Commission constatant la pénalité de toute provocation aux soldats de manquer à leur devoir militaire, à

l'obéissance que les soldats doivent à leurs chefs, dans tout ce qu'ils leur commandent pour l'exécution des lois et règlements militaires. De l'avis de la Commission, les limites de l'obéissance ne sont que les suivantes : «... l'obéissance s'arrête, quand les chefs eux-mêmes n'obéissent pas à la Constitution qui est le chef suprême (1).

En Italie, nous trouvons la même situation juridique dans l'article 112 du *Codice penale per esercito*.

Selon l'article 49 du *Codice penale* du 30 juin 1889, celui là n'est pas passible de peine qui a commis un acte « prescrit par une disposition légale ou un ordre du magistrat compétent, qu'il avait dû suivre ». Il en résulte que le soldat ayant agi conformément aux ordres de son supérieur ne peut jamais être puni lorsqu'il était obligé d'exécuter ces commandements conformément à l'article 112 dudit Code.

D'une manière analogue, l'article 30 du Code militaire suisse stipule l'impunité de l'auteur d'un acte qui, quoiqu'illégal, « a été commis suivant un ordre précis se rapportant au service militaire et donné par un supérieur ».

L'article 47, numéro 2, alinéa 2 du Code pénal

1. Augier et Le Poittevin, *Traité théorique et pratique de droit pénal militaire*. Paris, 1905, t. I, p. 68 et s. ; Victor Nicolas, *Commentaire complet du Code de justice militaire pénal*, Paris, 1898.

militaire allemand, interprété par une décision de la Cour militaire du Reich, borne davantage sa prescription en disant que :

« Le subordonné est légitimé à suivre sans hésiter tout ordre du service militaire, par l'exécution duquel une loi pénale se trouve lésée. Il ne doit pas craindre de commettre un acte punissable, pourvu qu'il n'ait pas eu conscience de ce que l'ordre entraînait un acte constituant un crime ou délit. »

Des doutes sur le but poursuivi par le supérieur ou l'ignorance négligeante ne suffisent pas pour entraîner l'application de la disposition législative du Code pénal militaire allemand. Il n'existe pas l'obligation du subalterne à faire des réflexions ou des recherches au sujet du but projeté par le supérieur (1).

La disposition de l'article 69 du Code pénal militaire russe en vigueur avant le régime bolchevique, ne diffère pour ainsi dire pas du texte qu'on vient de lire : « Un acte accompli en exécution d'une loi ou d'un ordre donné par un supérieur n'est pas considéré comme punissable, si l'ordre a été donné dans la sphère du service, si une relation hiérarchique existait et si le subordonné n'avait pas conscience de ce que l'acte en question était punissable.

Une restriction encore plus forte se trouve dans le paragraphe 47 du Code pénal militaire danois :

1. Voir Verdross, *l. c.*, 72

« Si dans l'exercice de ses fonctions militaires un supérieur donne l'ordre d'exécuter un acte punissable, le subalterne n'est pas responsable de l'exécution, s'il ne lui a pas été ou dû être connu que l'ordre avait pour but un crime. »

De même l'article 17 du projet d'un nouveau Code pénal militaire suisse dispose :

« Celui qui agit par ordre d'un supérieur militaire n'est pas punissable. Mais au cas où l'auteur reconnaissait ou devait reconnaître que l'ordre avait pour but un acte punissable, ou s'il dépassait l'ordre, il devrait être puni. »

Le Code pénal militaire autrichien dispose dans le § 158 b, que la non-observation d'un ordre ne doit pas être imputée à l'inférieur comme un acte d'insubordination « si l'ordre avait pour objet un acte ou une omission dans lequel un crime ou un délit était impliqué de manière évidente ».

Le droit anglais s'occupe aussi de notre question ; le point 11 du troisième chapitre du *Manuel of Military law* est conçu en ces termes : « Si l'ordre était évidemment illégal, l'inférieur est justifié à hésiter ou même à refuser l'exécution, par exemple s'il a reçu l'ordre de tirer sur un spectateur paisible et non armé. Mais aussi longtemps que les ordres donnés par le supérieur ne sont pas décidément et évidemment contraires aux lois nationales ou aux coutumes établies et reconnues de l'armée, ils doivent

être observés immédiatement, promptement et sans hésitation. » Mais la loi anglaise ne se borne pas comme les autres Codes cités ci-dessus à résoudre notre question pour ce qui concerne sa propre armée. Dans l'article 443 du quatorzième chapitre, consacré aux lois et coutumes de la guerre sur terre, on trouve la disposition suivante :

« Cependant, il est nécessaire de constater que les membres des forces armées qui commettent des violations aux règles de la guerre reconnues, ordonnées par leur Gouvernement ou par leurs supérieurs ne sont pas des criminels de guerre et ne doivent pas être punis par l'ennemi.

Celui-ci est légitimé à punir les officiers et ceux qui sont responsables d'avoir donné de tels ordres si les auteurs sont tombés entre ses mains ; mais autrement il ne peut que recourir aux autres moyens énumérés dans ce chapitre. »

On doit remarquer que, selon la conception anglaise, les limites où peut s'exercer la poursuite d'actes contraires aux lois et coutumes de la guerre commis par ordre militaire sont plus étroites que celles prescrites par la loi nationale en vue des actes militaires commis par des soldats par ordre supérieur en temps de paix. Tandis qu'un soldat de l'armée nationale est punissable en cas de commission d'un acte punissable ordonné, s'il a lésé une prescription légale, selon l'article 433 l'Etat ennemi ne doit pas être rendu responsable s'il s'agit d'un ordre

ayant pour but un acte contraire au droit des gens. En ce cas, l'Etat ennemi n'a pas le droit ni de faire condamner l'auteur par ses juges criminels, ni d'exiger sa poursuite par la justice du pays d'origine.

Il faut donc constater que suivant l'opinion du droit militaire anglais un acte contraire au droit des gens ne doit pas être imputé à l'auteur immédiat, mais seulement au commandant responsable.

C'est en Angleterre même que cette opinion a été attaquée le plus vivement, par J. L. Phillipson (1).

« Il a été prétendu quelque part que des actes commis par des combattants quelque horribles et abominables qu'ils soient, ne revêtent pas de caractère criminel s'ils ont été commis sur l'ordre d'un supérieur. Mais quand on tire les conséquences logiques de cet argument on arrive à des conclusions absurdes et peu convenables ; le déchargement successif de la responsabilité disculperait tout auteur jusqu'à ce qu'on arrivât au dernier d'entre eux, c'est-à-dire par exemple dans le cas de l'Allemagne, à l'Empereur. Pourrait-on en réalité partager l'opinion que des millions de soldats qui ont commis des actes innombrables d'atrocité et d'horreur lésant le droit des gens, soient complètement innocents, parce qu'ils n'ont fait qu'obéir aux ordres de leur autorité

1. *Op. cit.*, p. 260.

suprême ? La sécurité et la stabilité d'une nation ou d'une famille de nations sont incompatibles avec une notion de responsabilité aussi outrée et arriérée. »

La littérature du droit des gens ne s'est pas beaucoup occupée de cette grave question. Renault incline à reconnaître un état de contrainte au cas où l'auteur a agi par l'ordre de son supérieur :

« Il faut tenir compte de ce que le subalterne n'a pas la faculté d'obéir ou de ne pas obéir. Il agit sous une contrainte immédiate ; il sera souvent exécuté sur-le-champ s'il n'obéit pas, et dans tous les cas il sera exposé à une peine grave. Il peut alors invoquer le fait de la contrainte prévue par les diverses législations (Voir l'art. 64 du Code pénal) ». (1)

Léon Duguit éclaircit le problème d'une manière fort intéressante. Il distingue entre l'obéissance des militaires vis-à-vis de leur Gouvernement et l'obéissance interne de la hiérarchie militaire. Quant à la première il est d'avis :

« Que la mise en mouvement de la force armée ne peut jamais engager la responsabilité des individus qui la composent. Ceux-ci ne peuvent pas être obligés d'apprécier si les actes à l'accomplissement desquels les Gouvernements veulent les employer sont légaux ou non, puisque l'idéal c'est une force armée mécanique, sans intelligence, à la disposition des Gouvernements. »

1. Art. cit., p. 5 et s.

L'auteur exige l'obéissance absolue dans les cadres de l'armée :

« Cette solution est certainement indispensable pour assurer la cohésion de la forme armée. Elle est une machine à contraindre : cette machine ne peut fournir un travail utile qu'à la condition que tous les rouages soient étroitement dépendants les uns des autres... Par conséquent, l'agent inférieur ne viole jamais la loi en se conformant aux ordres de son supérieur. » (1)

Avant d'aller plus loin dans la discussion de ces opinions pour en trouver le point de vue le plus conforme au droit des gens, nous ne croyons pas inutile de présenter la considération suivante.

Le Code pénal français dans son article 327 stipule :

« Il n'y a ni crime ni délit lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime. »

Pour prouver une telle cause justificative il faut que les deux conditions suivantes soient réalisées : « L'ordre de la loi » et « le commandement de l'autorité légitime. »

Le subalterne est légitimé à supposer que l'ordre donné par son supérieur est conforme aux lois. C'est dans le seul cas où l'illégalité de l'acte ordonné est

1. *Etudes de droit public*, II : l'Etat, les Gouvernements et les agents. Paris, 1903, p. 629 et 630.

évidente, que le subalterne n'est pas libéré de la peine prévue dans le droit pénal (1).

Ces principes généraux sont applicables aux relations entre les militaires et leurs supérieurs. Cependant il semble que les mesures et opérations contre l'ennemi et celles qui tendent à la conservation du bon état de la force armée, sont considérés comme toujours justifiés par la loi et que par conséquent, le subalterne est tenu d'obéir aux ordres de ses supérieurs. « Ainsi l'ordre de la loi, sans aucune idée de contrainte, justifiera tous les faits de guerre régulièrement ordonnés » (2). L'article 218 du Code de justice militaire édicte sans réserve la répression de l'insubordination militaire. Le soldat ne serait pas légitimé à s'abstenir d'exécuter l'ordre pour la raison qu'il comporterait une lésion du droit international. Ce ne serait pas lui, mais le supérieur qui serait responsable d'une telle lésion. En examinant les causes intrinsèques d'où résulte la non-culpabilité d'un subalterne qui a commis par ordre de son supérieur un acte en soi répréhensible, nous trouvons, dans une décision de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, d'octobre 1878, ce motif que le subalterne eût agi sous une contrainte « duress or compulsion ». Pendant la guerre de Sécession, le

1. Garçon, *Code pénal annoté*, t. VIII, note à l'article 64, n° 151, p. 183 et n° 159, p. 184.

2. Garçon, *ibid.*, n° 164, p. 184.

Congrès des Etats du Sud avait ordonné par voie légale que tout coton se trouvant en danger de tomber aux mains de l'ennemi devait être brûlé. Les commandants des troupes donnèrent des ordres en conséquence. Dans le cas en question, on chargea un civil, n'appartenant à aucune organisation militaire, de brûler du coton sur la propriété d'un habitant du Mississipi. A cause de cette destruction, ce propriétaire introduisit plus tard une action en dommages-intérêts. La requête fut repoussée et le recours en cassation (*writ of error*) rejeté par la Cour suprême des Etats-Unis. La Cour fut d'avis que la décision du Congrès, quoique ne constituant pas un acte législatif, ne pouvait qu'être obligatoire, puisque la Confédération des Etats du Sud, comme Gouvernement de fait, pouvait exiger l'obéissance des personnes soumises à sa puissance. En effet, pour éviter des atrocités et des cruautés de guerre, le Gouvernement des Etats du Nord avait attribué à l'armée des Etats du Sud les caractères et les droits d'une force belligérante. La Cour fut donc d'avis que cette décision du Congrès devait être tout de même considérée comme obligeant les autorités militaires et les militaires individuellement à exécuter l'ordre. En outre, elle supposa que la décision intéressait aussi et obligeait le défendeur quoiqu'il fût civil. Car lui aussi avait, selon l'opinion de la Cour, agit sous « duress or compulsion ». Nous voyons donc que, comme il

s'entend de soi-même, les militaires subalternes doivent pendant la guerre l'obéissance absolue aux ordres de leurs chefs et qu'ils ne peuvent refuser d'obéir à cause d'infractions aux droits réels ou prétendus. Il n'y a pas de différence entre un ordre déterminé ou un commandement dont la manière d'exécution est laissée plus ou moins à la discrétion du subalterne. Dans le cas en question, il était laissé au jugement de celui qui enfin devait exécuter l'ordre, à examiner s'il existait la présomption que le coton ne tombât entre les mains de l'ennemi.

De même Garçon (1) justifie, pour le droit français la règle que l'ordre libère le subalterne de toute responsabilité pénale en supposant que celui-ci ait agi sous la pression d'une contrainte dans un cas de nécessité. Il voit donc dans l'ordre une contrainte morale en concédant le *metus* au subordonné qui exécute l'ordre et doit le faire par crainte des punitions et d'autres conséquences en cas de non exécution. Pour le subalterne, le motif de l'exécution devrait donc être trouvé dans l'idée que la non-exécution de l'ordre comporterait pour lui des inconvénients sensibles. Or, si le motif est fondé dans une telle idée, il n'importe pas qu'un ordre existant ou imaginé en soit la cause. Si même en réalité, un ordre n'a pas été donné, mais que le subalterne en imagine l'existence, il se

1. *Ibid.*, p. 184.

trouve dans le même état de contrainte, c'est-à-dire dans celui du *metus*. Il est privé du libre arbitre tout comme si l'ordre avait été donné. L'observation porte aussi, comme il va sans dire, pour les cas où un ordre a été mal compris. L'imagination et le libre arbitre du subalterne, dans ce cas non plus, ne sont influencés par l'ordre dans son sens réel mais dans celui où il a été compris. Selon les opinions ci-dessus discutées, nous pouvons conclure qu'il existe sur notre question les quatre conceptions suivantes :

1° Toute infraction au droit de guerre international, même quand elle a été commise par ordre supérieur, est punissable.

2° Les soldats se bornant à exécuter des ordres contraires au droit des gens, ne doivent pas être punis.

3° Les personnes agissant par ordre supérieur, ne sont responsables au sens pénal que d'un acte lésant clairement et évidemment non seulement la loi pénale, mais aussi le droit des gens, ou des actes dont le but illégal ordonné devait être reconnu par l'auteur.

4° La responsabilité pénale du soldat agissant par ordre est restreinte à des cas où ces soldats ont reconnu en effet que l'ordre avait pour but un acte punissable (1).

1. Finch, *Superior orders and war crimes* (*The American Journal of international law*, 1921); Parner, *Punishment of offenders against the laws and customs of war* (*The American journal of international law*, 1920); *Revue pénitentiaire et de droit pénal* (*Bulletin de la Société générale des prisons*, 1915).

Demandons-nous maintenant laquelle de ces conceptions est conforme au droit des gens.

Nous avons déjà vu que chaque Etat est obligé par le droit des gens à punir ses sujets, et surtout ses organes, quand ils auront lésé un Etat étranger directement ou dans un de ses ressortissants. Comme cette obligation reste en principe de rigueur pendant la guerre, l'Etat lésé a une action de droit international en vue de la poursuite des personnes ayant lésé les lois et coutumes de la guerre. L'étendue et l'objet de cette action, cependant, doivent d'abord être déterminés plus nettement et complètement. Est-ce qu'elle comprend aussi le droit de punir les personnes qui auront agi par l'ordre de leurs supérieurs, ou ne se rapporte-t-elle qu'à celles qui auront agi de leur propre chef ? On pourrait douter si et jusqu'à quel point l'Etat lésé est obligé de respecter de telles règles du droit national excluant la responsabilité individuelle, soit qu'il procède lui-même à la poursuite, soit qu'il fasse valoir vis-à-vis de l'Etat adversaire son action en vue de poursuivre l'auteur.

Pour résoudre ce problème il faut le poser sur une base plus large et se demander si dans le cas où, conformément au droit national de l'auteur, un acte objectivement punissable ne peut pour des raisons subjectives être poursuivi, l'Etat lésé a néanmoins vis-à-vis de l'Etat ennemi un droit à la poursuite de l'auteur.

Il faut partir du principe ci-dessus mentionné que chaque Etat est obligé en principe de protéger les étrangers aussi bien que ses propres ressortissants. Il a donc ordinairement le devoir de punir les crimes et délits commis contre les étrangers de la même manière que s'ils avaient été commis contre ses ressortissants. Supposant que cette règle était sans exception, l'Etat lésé ne pourrait se plaindre de la non poursuite de l'auteur. Si une poursuite est exclue par des dispositions légales internes, c'est que dans un tel cas le tort causé par un national ne pourrait non plus être puni. Toutefois, ledit principe supporte une restriction tirée du droit international, c'est qu'un Etat qui laisse sans protection des étrangers, ne peut s'en justifier par le fait qu'il ne traite pas mieux ses propres ressortissants, étant donné que chaque Etat est tenu par le droit des gens à accorder en tous cas aux étrangers le minimum de protection qui, selon l'avis de la communauté des peuples civilisés, est nécessaire à garantir une vie civilisée.

Un Etat qui ne se serait pas chargé de ce devoir, ne pourrait pas être considéré comme membre de la communauté des peuples civilisés. C'est donc dans ce sens que ledit principe est conçu et doit rester en vigueur. Si par conséquent, un acte punissable en lui-même n'est pas puni parce qu'un obstacle interne s'y oppose qui toutefois n'est pas contraire à l'opinion des Etats civilisés, l'action dirigée contre ses personnes

privilégiées perd toute valeur. Un Etat par exemple qui a été offensé par le monarque d'un autre Etat ne peut pas exiger la punition de ce monarque, puisque celui-ci selon les constitutions modernes, n'est pas soumis à la juridiction criminelle de son Etat, principe conforme ou du moins non contraire à la conviction de droit universel. Pour la même raison, la poursuite dirigée contre un membre du Parlement ne peut être exigée, s'il s'agit des faits protégés par l'immunité parlementaire.

Comme nous l'avons vu, un privilège selon la conviction générale de droit est établi en faveur des actes commis par des soldats sur l'ordre de leurs supérieurs, mais restreint de quelque manière et pour des raisons tout autres.

Ce privilège est fondé dans le sens de l'opinion universelle parce qu'il n'y a pas d'armée qui, sans discipline sévère pourrait être en situation d'entrer en campagne. La discipline ne permet pas aux subalternes d'examiner, le cas échéant, la légalité d'un ordre. En général, tout ordre donné par le supérieur compétent doit être observé. C'est seulement en certains cas exceptionnels que le subalterne aura le droit de refuser l'exécution d'un ordre. S'il en est ainsi, le subalterne ne peut être rendu responsable d'avoir exécuté un ordre illégal. C'est du point de vue élevé du bon état de guerre dans lequel doit être tenue l'armée que le droit pénal de quelques Etats

civilisés suspend jusqu'à un certain point la responsabilité pénale pour des crimes ou délits commandés. Or, si les Etats confèrent ce privilège à leurs soldats, il en résulte que le même avantage excluant toutes peines doit être par réciprocité accordé aux soldats de l'adversaire. Les Etats doivent reconnaître le fait que les soldats ennemis qui ont agi comme membres de leur mécanisme militaire se trouvent dans la même situation que leurs propres membres soumis au commandement militaire et actif dans leur service.

Le même principe doit être appliqué de même aux uns comme aux autres. Un Etat qui entreprendrait ou demanderait la poursuite d'un militaire adverse à cause d'une telle action encourrait le reproche de demander pour ses propres sujets une protection plus grande que celle accordée par lui-même. Une telle demande n'échouerait pas seulement par suite du principe susmentionné qui ne permet pas d'accorder aux étrangers une protection dépassant celle dont jouissent les nationaux (principe de la réciprocité matérielle), elle périrait encore en conséquence du principe de la réciprocité formelle ordonnant que, hormis toute exception émanant d'un traité, aucun Etat ne doit à l'autre plus d'avantages que ceux qui résultent d'un traitement formellement réciproque.

En résumé nous devons conclure que dans tous

les cas la première thèse générale de la responsabilité pénale à cause d'actes commis par ordre militaire n'est pas conforme au droit des gens. Il n'existe pas d'action de droit des gens ainsi entendu.

Il nous reste à voir si tous les actes ordonnés par les supérieurs sont impunissables ou seulement ceux dont l'illégalité au sens du droit des gens n'était pas ou ne devait pas être connue du subalterne. Nous avons montré qu'à cet égard les lois des différents Etats ne sont pas d'accord. Mais qu'est-ce qui en résulté par rapport à l'action pénale de droit des gens ? Rappelons encore une fois la règle qu'aucun Etat n'est tenu à accorder une protection plus étendue aux étrangers qu'à ses propres ressortissants. En exerçant la réciprocité matérielle, tout Etat remplit son devoir au point de vue du droit des gens. Par conséquent, l'Etat lésé devra se contenter d'une punition de l'auteur conforme aux lois de son Etat d'origine. Une exception ne serait possible qu'au cas où ce droit serait contraire à l'opinion commune. Alors, il serait inutile de s'en remettre à la réciprocité matérielle. Dans notre cas pourtant, il ne peut être question de cela, puisqu'une telle conviction générale ne peut-être constatée. Chaque Etat est donc obligé de reconnaître l'interprétation donnée par l'autre Etat au cas spécial dont il s'agirait.

La question devient plus difficile si l'auteur du crime ou délit se trouve déjà entre les mains de

l'Etat adversaire ; car alors il s'agit de voir si celui-ci doit appliquer son propre droit ou celui de l'Etat étranger. En ce cas la solution doit être trouvée dans les principes susmentionnés. Si les limites de la responsabilité pénale tracées par l'Etat sont plus étroites que celles tracées par l'Etat d'origine, c'est-à-dire s'il exclut l'imputabilité alors que l'Etat adversaire l'admet, il devra procéder conformément à son propre droit, parce qu'autrement il accorderait aux étrangers une protection réduite et contraire au droit des gens. Si au contraire l'Etat étranger était à cause de l'application de son propre droit en meilleure position qu'en cas d'application du droit de l'Etat compétent à juger, le cas devrait, suivant le droit pénal international, être traité conformément au droit plus favorable si l'acte avait été commis hors des frontières de cet Etat. Si, par contre, l'acte en question a été commis sur le territoire de l'Etat poursuivant, celui-ci paraît être légitimé à faire valoir son propre droit dans toute son étendue ; toutefois, en considération du fait que le soldat, tant qu'il n'a pas été fait prisonnier, reste soumis aux ordres de son armée de manière qu'il ne peut refuser d'obéir qu'en cas où le droit de son Etat le légitime à agir ainsi, on devra lui accorder le bénéfice de la contrainte irrésistible, s'il a, sous l'empire de la discipline, exécuté un ordre contraire au droit des gens et qu'il n'aurait pas dû suivre, d'après le droit de l'Etat poursuivant.

II. — La responsabilité pénale des supérieurs pour des crimes et délits de guerre

Nous arrivons maintenant à la responsabilité des supérieurs. Il faut éliminer *a priori* toutes les personnes qui, de par leur grade ou leurs fonctions, étaient tenues, par ordre de service, de transmettre certains ordres, puisqu'à elles aussi les principes ci-dessus établis doivent être appliqués. Un ordre donné par le commandant en chef d'une armée libère les autres commandants de cette armée de leur responsabilité légale de la même manière que, par exemple, un ordre donné par les chefs d'une division libère de cette responsabilité les officiers subordonnés ou qu'un ordre de compagnie en délivre les soldats de cette compagnie. C'est une règle communément reconnue par les codifications de tous les Etats. La seule relation de la préposition et de la subordination peut résoudre cette question sans égard au grade. Il ne reste donc qu'à examiner la responsabilité d'un ordre d'agir transmis directement de celui qui le conçoit à celui qui doit l'exécuter. En général, cette question ne cause pas de difficultés. Sa solution résulte implicitement des dispositions restreignant ou excluant la responsabilité d'un subordonné agissant par ordre supérieur, aucune circonstance spéciale n'excluant la peine en dehors de celle qui est

généralement reconnue comme valable. La responsabilité pénale existe donc pour autant qu'elle ne soit pas exclue expressément par certaines exceptions. En règle générale, la responsabilité pénale subsiste pour tout ordre d'accomplir un acte lésant le droit pénal. Cette responsabilité n'a pas besoin d'être spécialement prouvée. Seulement les circonstances excluant la peine doivent être concédées à titre spécial. Pourtant quelques codes pénaux militaires insistent sur la responsabilité du supérieur ; par exemple, la disposition finale de l'article 114 du Code pénal français, l'article 30 du Code pénal militaire suisse et l'article 433 du *Manuel of military law* anglais (1).

Cette responsabilité pénale existe-t-elle aussi pour les commandants en chef ? Ou s'agit-il peut-être dans leurs faits d'actes dont leur Etat seul est responsable ? Nous ferons abstraction de la responsabilité pénale du monarque pour des ordres qu'il a donnés en sa qualité de souverain (2). Il ne reste qu'à discuter le problème de la responsabilité pénale des ministres

1. Cf. Oppenheim, *l. c.*, p. 310 : « Au cas où des membres des forces armées commettent des violations ordonnées par des commandants, les individus ne peuvent pas être punis parce que les commandants seuls sont responsables ; ce sont ces derniers qui peuvent être punis comme criminels de guerre après être faits prisonniers par l'ennemi. »

2. Nous renvoyons au travail de MM. Larnaude et Lapradelle, intitulé : *Examen de la responsabilité pénale de l'empereur Guillaume II de l'Allemagne*, dans le *Journal du Droit International*, 1919, t. XLVI, p. 131 et s.

et des commandants en chef des armées en raison de leur conduite de guerre. En ce cas il est sans importance qu'ils soient, d'après la Constitution, responsables vis-à-vis du Parlement ou seulement vis-à-vis du monarque, la responsabilité pénale dont nous parlons étant indépendante de la responsabilité parlementaire et politique. Il est des faits pour lesquels la responsabilité pénale s'étend à toutes les personnes qui ne sont pas déclarées spécialement exemptes de cette responsabilité. Une telle exemption ne s'applique ni aux ministres responsables vis-à-vis de leur parlement ni au commandant en chef responsable vis-à-vis du monarque. C'est pourquoi l'Etat lésé par de tels actes peut exiger leur punition de la part de l'Etat d'origine.

La solution de la question de la responsabilité des actes contraires au droit des gens ordonnés ou commis dans la sphère de leur fonction est plus difficile. Ce problème avait déjà été envisagé par la doctrine théologique de la « guerre juste » au moyen âge et résolu dans le sens que tous les coupables, même les monarques, peuvent être rendus responsables. Une faute des conseillers du prince était déjà supposée au cas où ils n'avaient pas fait de leur mieux pour empêcher une guerre injuste. Ils étaient déjà formellement tenus d'empêcher qu'une telle guerre ne fût commencée (1).

1. Suarez, *De tripl. virt. theologali, de caritate*, XIII, sect. VI.

Les constitutions modernes s'occupent d'une manière plus ou moins détaillée de la responsabilité pénale des ministres en raison de crimes et délits qu'ils ont commis en exerçant leurs fonctions (1).

Nous pouvons négliger le fait qu'en général les forfaitures commises par des ministres sont déférées à un tribunal national. Pour notre question il n'y a d'important que le fait de la responsabilité des actes commis par des ministres en exerçant leurs fonctions. Il n'est pas douteux que, par exemple, l'ordre visant un emprisonnement illégal ou un homicide, donné par un ministre, entraînera sa responsabilité pénale. Même l'intention de ménager par un tel acte des intérêts publics ne lui donnera pas décharge, bien qu'une telle intention puisse être regardée comme circonstance atténuante. Car le devoir ministériel de ménager les intérêts du pays ne comporte pas l'emploi de tous les moyens que le ministre trouvera bons, mais seulement de ceux qui sont admis par les lois. Ce n'est qu'autant que la Constitution et la loi lui accordent de libre arbitre, qu'il

1. Cf. l'article 12 de la loi constitutionnelle française du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics rendant responsables les ministres « pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions » ; l'art. 59 de la nouvelle constitution de l'Allemagne ; l'article 67 de l'Italie ; l'article 49 de l'Espagne, l'art. 135 de la Serbie ; l'art. 103 du Portugal (1826) ; l'art. 77 des Pays-Bas ; l'art. 100 de la Roumanie ; l'art. 103 du Mexique, modifié par la loi du 6 mai 1904 ; l'art. 52 du Brésil et l'art. 85 de l'Argentine. Dans toutes ces constitutions, la responsabilité des ministres a été reconnue (V. Dareste, *Les Constitutions modernes*, t. II, 1910).

peut choisir sa voie ; il ne lui est jamais permis de quitter la base légale.

Or, comme les Etats sont généralement obligés par le droit des gens de protéger les étrangers aussi bien que leurs propres sujets, ils ont le devoir de poursuivre les crimes et délits commis par les ministres envers les étrangers. Mais si, en temps de guerre, il y a des actes de force qu'il n'est pas permis de commettre envers les sujets de l'Etat adverse, ni même envers ses soldats, la responsabilité pénale des ministres est en jeu quand ils ordonnent des actes de force punissables, dirigés contre ces personnes et qui ne sont pas admis par le droit des gens.

Le ministre responsable de la conduite de la guerre est obligé de prendre toutes les mesures nécessaires à assurer la victoire ; mais il ne doit pour atteindre ce but se servir que de moyens légaux. Il faut donc qu'il s'appuie sur la Constitution et les lois autant que le droit de guerre international ne lui permet pas de s'en dégager. Des infractions au droit des gens n'échapperaient à leur responsabilité que dans le cas où une loi contraire à ce droit ordonnerait ou permettrait un tel procédé.

Une telle responsabilité pénale interviendra aussi dans les cas où des actes contraires au droit des gens seront causés par une résolution de cabinet, parce que le Gouvernement ne doit pas donner des ordres qui ne sont pas appuyés sur le droit en vigueur. Les

ministres ayant participé à une telle résolution sont responsables conformément aux principes généraux du droit pénal concernant la complicité et la responsabilité collective.

La responsabilité existera même au cas où l'ordre en question aura la forme d'une ordonnance.

Il s'ensuit qu'il faut conclure à la responsabilité pénale du commandant en chef pour avoir donné des ordres contraires au droit des gens. « La force militaire étant constituée en armes, son chef devient responsable de toute mesure illégale qui n'est pas ordonnée par les Gouvernements (1). »

III. — L'état de nécessité de guerre et les crimes et délits de guerre

Le problème de l'état de nécessité de guerre ne se rapporte à notre question qu'au point de vue de la responsabilité pénale individuelle.

Nous devons, en premier lieu, déterminer les cas et les conditions où existe un droit né des nécessités de la guerre. Il faudra ensuite voir quand l'auteur d'un crime ou délit de guerre peut être disculpé, parce qu'il a agi de bonne foi, dans l'idée qu'il était obligé ou légitimé par des motifs de raison ou des

1. Léon Duguit, *op cit.*, p. 632.

motifs tirés des nécessités de la guerre, de léser, en certains cas, le droit de guerre international. Toutefois il nous faudra à cette fin envisager en lui-même le problème du droit résultant des nécessités de guerre.

La littérature du droit des gens, surtout celle de l'Allemagne, reconnaît souvent un droit particulier de nécessité de guerre et le désigne comme une prétendue nécessité ou raison de guerre abrogeant ou restreignant les règles établies de la manière de faire la guerre. C'est bien la doctrine du *omnia licere quæ necessaria sunt ad finem belli* que nous rencontrons ici dans toute sa splendeur, doctrine qui tend à élever la nécessité à la hauteur d'une conception philosophique, mais qui en vérité ne fait qu'appliquer en l'espèce la maxime que la fin justifie les moyens et par cela nie tout droit de guerre. Le raisonnement par lequel on conclut à cette raison ou nécessité de guerre est le suivant :

On prétend que le but de la guerre est de briser la volonté de l'Etat adverse et de débilitier tout son pouvoir en lui imposant par la force sa propre volonté. Mais en opposition à l'opinion que tout moyen propre à atteindre le but est permis dans la guerre, les bonnes mœurs internationales exprimées dans le droit de guerre défendent l'emploi mutuel de mesures de force guerrières qui impliquent des cruautés inutiles, ou sont en opposition avec la

nature de la guerre comme combat d'Etat à Etat en vue d'un certain but de guerre. Si cependant une des parties belligérantes vient à se trouver dans une situation où il ne lui reste que de choisir entre l'observation scrupuleuse des règles du droit et la renonciation à atteindre le but en question, une lésion des règles de la guerre est justifiée par les raisons ou la nécessité militaire. La raison de guerre a, selon cette opinion, la prédominance sur le droit de guerre étant admis en principe que la guerre est un moyen permis dans la vie internationale pour atteindre un certain but.

Cependant, non seulement un tel droit de nécessité de guerre particulier, à la constatation duquel vise cette opinion, manque de toute base, mais c'est absolument le contraire qui résulte de l'existence et du contenu du droit de guerre. Nous savons que jusqu'à la Conférence de La Haye, en 1899, toutes les règles du droit de guerre, exception faite à quelques conventions, ont appartenu au droit international non écrit. Tandis que l'ancien droit de guerre observait le principe : « fais à l'ennemi autant de tort que tu pourras et que tu trouveras bon », au moyen âge bien des rigueurs ont été atténuées soit par l'influence du christianisme, soit à cause de l'esprit de la chevalerie. Et c'est justement dans les siècles derniers que le droit de guerre sous l'influence des intérêts de l'humanité s'est développé d'une

manière puissante et donnant tout espoir, de sorte qu'on a reconnu maintenant comme principe suprême : « ne fais pas à tes ennemis plus de tort que le but de la guerre ne l'exige ». En raison de ce principe la guerre sur terre, sur mer et dans les airs se trouve soumise aujourd'hui à des règles fixes s'appliquant aux relations mutuelles des parties en guerre et aux droits et devoirs existant entre elles et les neutres. Le droit de guerre ne servirait à rien s'il restait permis à chaque partie belligérante de se mettre au-dessus de ces règles dès que le but de la guerre l'exige. C'est ainsi qu'on pourrait toujours motiver « l'état de nécessité ».

Le contenu du droit de guerre s'oppose à la supposition d'une telle nécessité justifiant une lésion des règles du droit. Car c'est justement la codification du droit de guerre qui accomplit la tâche de prévoir dans le droit de guerre lui-même comme admissibles des institutions, des mesures, des actes, etc... pour autant qu'ils puissent devenir pratiquement nécessaires en temps de guerre, afin de leur donner à cette occasion la mesure convenable et de protéger d'excès la population. Au surplus, comme on prévoyait que la contrainte des parties en guerre pourrait rompre une règle générale de droit, on a préféré couvrir d'avance l'acte de guerre criminel par des prescriptions exceptionnelles qui disculperaient l'au-

teur (1). C'est ainsi qu'on trouve en droit de guerre la clause « autant que possible » et autres semblables (2). Il est évident qu'on veut par de telles clauses restreindre la force obligatoire de certaines règles de droit. Car on y voit clairement l'intention des Etats de s'obliger à observer les différentes règles non point sans réserve, mais à la condition qu'elles soient compatibles avec la situation ou la nécessité militaire. Par conséquent, il faut supposer que les règles du droit de guerre qui manquent de telles restrictions, devront être respectées sans exception, même en sacrifiant des intérêts militaires. Il est donc prouvé, par ce fait, comme déjà par la codification du droit de guerre elle-même, qu'en principe, un droit de nécessité de guerre spécial ne peut pas être reconnu comme moyen de justifier des actes contraires aux règles du droit de guerre international. Si, par conséquent le but de la guerre ne peut être atteint que par l'application d'un moyen de guerre défendu, cet état de nécessité de guerre

1. Voy. par exemple l'art. 23 g) de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre qui défend la destruction et la saisie des propriétés ennemies « sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre », et les dispositions semblables des articles 43, 48, 51 alinéa 2, 52 alinéa 3.

2. Voy. l'article 6 de la Convention IX de La Haye ; l'article 49 de la Convention de Londres concernant le droit maritime de 1909.

pourra, en principe justifier l'application d'un tel moyen. Dans de tels cas, une responsabilité conforme aux principes généraux serait fondée.

C'est donc seulement par l'état de nécessité qu'une lésion des règles du droit de la guerre pourrait être motivée en droit international. On devrait tenir compte, toutefois, que l'application de cette restriction ne serait permise qu'au cas de la plus grande contrainte. Il est vrai que cette contrainte justifie partout une lésion du droit ; partout elle doit être efficace, aussi bien dans le droit de la guerre que dans les autres branches du droit. Mais elle ne peut l'être que dans des cas très rares, puisque d'après des principes établis on ne peut parler de contraintes suprêmes en cas de guerre que lorsqu'il y va de l'existence même de l'Etat : le succès d'une opération isolée, le sauvetage d'une troupe, et même le but de la guerre n'ont aucun rapport avec la question, quoique dans la pratique ils forment la manière ordinaire d'agir.

C'est pour cette raison que les lésions du droit des gens causées pendant la guerre mondiale, comme emploi des projectiles interdits, canonnade ou bombardement des villes ouvertes, etc... doivent être considérés comme telles. Quoique cette guerre passée fût une lutte acharnée pour l'existence, décimant la population et paralysant la vie économique, et que les parties belligérantes vissent le but de la

guerre dans l'extermination de l'ennemi, il serait absolument inadmissible de supposer que ces infractions au droit eussent été l'unique moyen de détourner de l'Etat un danger menaçant son existence.

Le problème de la prétendue nécessité de guerre atteignant son sommet dans la fameuse maxime de « la raison de guerre a le pas sur les usages de la guerre » (« Kriegsraison geht vor Kriegsmanier ») a été traitée très souvent et d'une manière détaillée par des juristes allemands. En nous occupant des opinions de ces écrivains, nous éclaircirons la faiblesse et l'insuffisance de cette théorie exagérée et artificiellement entretenue (1). Les écrivains eux-mêmes nous donnent des armes pour les combattre et nous pouvons donner notre entier assentiment à l'opinion tout à fait juste émise par M. Westlake qui exige catégoriquement que l'on élimine du droit de la guerre comme condamnable la notion de la nécessité, puisque tous les moyens de guerre se

1. L'application du droit de nécessité (Notrecht) aux relations entre des Etats procède d'une théorie générale de la philosophie de droit. C'est Joseph Kohler qui a essayé de systématiser cette théorie dans sa brochure intitulée : *Not kennt kein Gebot*. On voit dans les dernières pages de cet opuscule l'auteur tenter d'élever sa théorie jusqu'aux rapports internationaux. Pour la critique de cette théorie, voir aussi l'excellente étude écrite par M. Ch. De Visscher, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Gand, intitulée : *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité* (Extrait de la *Revue générale de droit international public*, 1917).

basent sur la nécessité. Distinguer selon le degré de la nécessité deux classes de moyens de guerre pourrait porter un immense préjudice au développement du droit des gens et ne ferait qu'empêcher l'augmentation des défenses absolues qui sont la fin dernière en droit de guerre (1).

L'application illimitée de la « raison de guerre » (Kriegsraison) n'est pas seulement en opposition directe avec l'esprit général qui a présidé à l'élaboration des Conventions de La Haye, elle est en outre formellement condamnée par la disposition de principe formulée par l'article 22 du Règlement de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre : « les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi. »

Oppenheim constate que la maxime « Kriegsraison geht vor Kriegsmanier » remonte très haut dans l'histoire des guerres. Reconnue à une époque où la direction de la guerre n'avait pas encore subi l'influence de coutumes universellement obligatoires ou de conventions internationales, mais où elle se trouvait régie par de simples usages (« Manier oder Brauch ») on professait que la nécessité de guerre domine ce qu'on appelle les usages de la guerre. Mais actuellement la conduite de la guerre ne

1. *International law*, part. II, 1907, p. 115 à 117.

dépend plus seulement de simples usages ; elle est surtout régie par des lois, des règles fermes stipulées dans des actes conventionnels intervenus entre nations ou fixés par la coutume universelle. La valeur obligatoire de ces règles conventionnelles ou coutumières ne se trouve diminuée que si leur formule ne permet pas d'embrasser les cas où la défense personnelle autorise à faire valoir l'état de nécessité. La raison de guerre a le pas sur les simples usages, mais non sur les lois de la guerre (*Kriegsraison geht vor Kriegsmanier aber nicht vor Kriegsrecht*) (1).

Certains auteurs, tout en reconnaissant l'insuffisance de la théorie de la nécessité de guerre, à défaut de bases convaincantes croient devoir en imaginer.

Heflter, qui désigne la guerre comme un état de contrainte, un mal inévitable qui ne doit pas être aggravé plus que la nécessité ne l'exige, dit que la manière de faire la guerre, c'est-à-dire la manière réglée par les mœurs, en fixe les moyens permis et les extrêmes limites, et que, si elle est violée, elle légitime l'adversaire à user de représailles, toute tierce nation même pouvant rompre ses relations avec l'État violateur. Seules, des circonstances extraordinaires, c'est-à-dire ou la nécessité extrême, ou la conservation de l'égalité des forces pourront légitimer

1. *International law*, t. II, § 69.

ner à titre de « raison de guerre » des infractions aux coutumes ordinaires (1).

Si l'on admet, par impossible, que dans les cas d'extrême nécessité on soit légitimé à modifier la manière ordinaire de faire la guerre, on regrettera de ne pas trouver chez Heffter un exposé détaillé des caractères spécifiques qu'il attribue au cas d'extrême nécessité. Nous ne partageons pas l'opinion qu'on soit légitimé à entreprendre de telles violations afin de conserver l'égalité des forces. On pourrait supposer le cas que l'un des belligérants soit supérieur à l'autre à tous égards, en troupes, en canons, en munitions, etc... ; il serait injuste au plus haut degré de vouloir attribuer à l'adversaire le droit de modifier les règles admises de conduire la guerre pour la raison qu'il est inférieur à l'autre.

Gareis fonde la raison de guerre sur le droit de conservation, autorisant l'Etat à protéger par tous les moyens qu'il croit admissibles, la durée et conservation de tous ses éléments qui le composent (2). Il est en même temps exagéré et abusif de vouloir justifier par de tels motifs l'infraction au droit de la guerre, car un Etat peut bien continuer d'exister et même de prospérer après avoir perdu une partie de sa population ou de son territoire.

1. Heffter-Gelfcken, *Das europæische Voelkerrecht der Gegenwart*, 1888, p. 254.

2. *Institutionen des Voelkerrechts*, 1901, p. 181.

Selon Bulmerincq le but de la guerre est la défense du droit. Il est d'avis en conséquence que la manière et les moyens de faire la guerre sont justifiés seulement s'ils sont impérieusement exigés par cette défense du droit. Les principes qui en dérivent forment la « manière de guerre » (« Kriegsmanier » opposée à la « raison de guerre » (« Kriegsraison ») qui exceptionnellement autorise à rompre les règles de guerre. Cet écrivain est donc d'avis que :

1° Sont seulement admissibles les actes de guerre absolument nécessaires pour en atteindre le but ; ils sont soumis à des règles de droit formant la « manière de guerre » ;

2° La « raison de guerre » permet de léser la « manière de guerre » par l'accomplissement d'actes qui ne sont pas absolument nécessaires pour atteindre le but de la guerre, pourvu que la « manière de guerre » soit lésée de l'autre partie et que des circonstances exceptionnelles soient dominantes (1).

La « raison de guerre » paraît donc être un acte accompli en vue de réprimer des lésions infligées à la « manière de guerre ». Dans ce cas, elle accorderait aux Etats des droits qui leur sont déjà accordés du fait de l'institution des représailles, institution qui autorise l'Etat lésé à rendre tort pour tort. Mais puisque selon l'opinion de Bulmerincq, la « raison de

1. *Voelkerrecht*, 1887, p. 203.

I. B. Poljokan

guerre » ne doit être invoquée que dans des circonstances extraordinaires, elle paraît être une restriction du droit des représailles. Or, il faut objecter qu'une telle restriction n'est point fondée en droit positif.

C'est tout autrement que raisonne Lueder ; celui-ci part de la distinction généralement admise entre le droit qui autorise et celui qui interdit et il l'applique au droit de guerre. Celui-ci admet la violence exigée par le but de la guerre et défend d'y excéder. C'est surtout là où le droit de guerre veut empêcher des cruautés et des torts de toutes sortes non nécessaires qu'on appelle « manière de guerre ». La « raison de guerre » au contraire comprend les cas exceptionnels où la « manière de guerre » peut être mise à l'écart, mais ceci n'est possible que dans les deux cas suivants :

1° Dans le cas de nécessité extrême, c'est-à-dire où le but de la guerre ne peut être atteint qu'en abandonnant la « manière de guerre » et où on le desservirait en la suivant ;

2° Par voie de représailles comme punition d'une lésion illégale de la « manière de guerre » (1).

Le second cas n'entre pas en considération puisque les Etats ne sont pas autorisés à appliquer des représailles à cause de la « raison de guerre », mais parce

1. *Handbuch des Voelkerrechts* t. IV, 1889, p. 254, 186.

qu'ils sont légitimés *eo ipso* à rendre le tort pour le tort. Il ne reste donc que le cas de contrainte extrême qui, selon l'avis de cet auteur existe, si le but de la guerre ne peut être atteint qu'en lésant « la manière de guerre ». Il considère comme but de la guerre la défaite de l'adversaire.

D'après cette opinion, l'Etat, pour vaincre son adversaire serait donc autorisé à violer le droit de la guerre. Si toutes les mesures absolument exigées par le but de la guerre étaient admissibles sans qu'on soit obligé de tenir compte des règles de la « manière de guerre », il serait inutile de stipuler des lois de guerre. Il est vain de chercher le fondement de cette conclusion qui, le cas échéant, autoriserait l'Etat à entreprendre toute mesure de guerre, et qui le pousserait même peut-être à méconnaître le principe fondamental du droit de la guerre, statuant la défense absolue de certains moyens de guerre. Outre le but de la guerre, ce serait la libération d'un danger extrême qui pourrait, selon l'opinion de Lueder, motiver une lésion de la « manière de guerre ». D'où une extension de la notion de la raison de guerre, qui soulève cette question : quand y a-t-il vraiment nécessité extrême ? Est-ce l'Etat qui doit se trouver en danger ou son armée ou une de ses troupes isolée ? Et en outre, doit-on considérer comme nécessité extrême la perte imminente de l'existence de l'Etat, celle de la guerre ou celle d'une ba-

taille ? Toutes ces questions restent sans réponse.

Christian Meurer, après avoir remarqué que la « raison de guerre » n'est rien que la nécessité militaire et qu'elle est dans le droit de guerre international comme l'état de contrainte est en droit pénal national, donne la définition suivante : il n'y a pas lésion du droit de guerre si un acte de guerre est exigé par :

- 1° La conservation de l'existence des troupes ;
- 2° La préservation d'un danger autrement inévitable ;
- 3° L'achèvement d'une entreprise militaire admissible en elle-même ou l'assurance de son succès (1).

Dans ces 3 cas, on peut, selon cet auteur, négliger le droit de la guerre.

Il est donc d'avis qu'un acte de guerre est justifié, qu'il soit ou non conforme au droit de la guerre, dès que l'exige la conservation de l'existence des troupes ; l'auteur est également d'avis que des mesures illégales sont admises si elles sont absolument indispensables pour écarter des troupes un danger imminent. En acceptant cette conclusion on pourrait justifier n'importe quelle opération militaire et imaginer à l'infini des applications de cette règle, puisque la guerre entraîne d'innombrables dangers. Toute entreprise militaire, légale en elle-même, ne devrait

1. *Das Kriegsrecht der Haager Friedenskonferenz*, 1907, p. 13 et s.

plus être exécutée en conformité au droit de guerre, dès que son achèvement effectif aurait pour but de garantir le succès. Selon l'avis de l'auteur, la « raison de guerre » se rapporte à toutes les possibilités sans nombre qui peuvent se présenter dans le cours de la guerre, tandis que les autres écrivains cités conviennent au moins de ce que la « raison de guerre » ne comprend que tous les cas exceptionnels et de nécessité où l'on peut abandonner la « manière de guerre ».

S'il est donc établi qu'il ne peut être question de déroger dans tous les cas au droit de la guerre en s'appuyant sur la « raison de guerre » et que même au cas où il y va d'intérêts importants, aucune violation capitale de la règle n'est admise; alors l'existence d'un état de nécessité de guerre doit être niée à moins que les règles du droit des gens n'y renvoient et n'admettent pas de procéder autrement (1). Toutefois, il reste encore douteux si, dans certaines éventualités extrêmes, des circonstances atténuantes ne pourront pas être invoquées en faveur de l'auteur d'un crime ou délit de guerre, en raison d'une erreur

1. Cf. A. Pillet, *Les Lois actuelles de la guerre*, 1898, p. 59; A. Mérignhac, *Les Lois et coutumes de la guerre sur terre*, 1903, p. 144 et 155; Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen et américain*, 1885, I, p. 373; E. Nys, *Droit international*, 2^e éd., 1912; J. Westlake, *Chapters on the principles of international law*, 1894, p. 238 et s.; Phillipson, *International law and the great war*, 1915, p. 38.

de droit. Nous toucherons ici à la question générale de l'erreur de justice dans la sphère des règles de droit de guerre international.

En constatant au point de vue subjectif la criminalité d'un acte, on verra souvent que l'auteur d'un crime ou délit de guerre invoque le but de la guerre pour se justifier d'avoir cru que son acte était légitime et qu'il n'avait pas eu la conscience d'agir illégalement. Il faut donc examiner la question de savoir si et jusqu'à quel point une telle erreur doit être prise en considération. On sait qu'il faut distinguer l'erreur concernant la loi pénale nationale d'avec celle concernant d'autres ressorts du droit. Bien des Codes pénaux insistent sur la règle « nul n'est censé ignorer la loi ». Par contre ce qui nous regarde, ce n'est que l'erreur au sujet des règles du droit des gens, particulièrement de celles du droit de guerre international et il faut procéder différemment qu'en droit pénal national. A un point de vue formaliste on pourrait, il est vrai, supposer que l'auteur est responsable d'un acte criminel, tant qu'il n'est pas disculpé par une règle du droit des gens. Mais une telle opinion dénaturerait la situation de droit. Le soldat n'est pas obligé de s'abstenir, en temps de guerre, de tout ce que prescrit la loi pénale, à moins que le droit des gens ne l'autorise exceptionnellement à l'exécution de tels actes. Il est, au contraire, obligé de commettre tous les actes de violence servant au but de la

guerre, quand même ils seraient interdits par la loi pénale, du moment que ce n'est pas le droit international de guerre qui s'y oppose (1).

En tous cas, il importe de savoir que la conscience du droit nous force de punir seulement celui qui a sciemment commis un acte illégal ; à défaut d'une prescription positive en sens contraire, ce principe doit être considéré comme dominant.

En examinant la psychologie du législateur pénal, on aperçoit que celui-ci formule régulièrement la criminalité d'un acte en indiquant ceux des indices à l'examen immédiat desquels la désapprobation se manifeste. Ce sont presque les mêmes indices dont l'auteur d'un acte isolé doit avoir conscience en commettant cet acte pour avoir normalement lui-même dans son for intérieur les motifs de désapprouver sa manière d'agir. En général, la délibération tacite du législateur s'est donc appliquée à déterminer les indices dont l'auteur devait avoir conscience pour que, dans l'ignorance de toute défense légale, sa désapprobation et son abstention de l'acte puissent s'ensuivre. Mais quand on prend en considération que la conscience du soldat par rapport à l'illégalité d'un acte de guerre ne peut pas

1. Cf. le *Manuel of military law*; chap. XIV, article 18 : « Les forces armées d'un belligérant ont le droit d'opposer à l'ennemi toutes les méthodes qui ne sont pas expressément interdites par une prescription du droit de guerre. »

être toujours supposée, il sera juste de ne lui imputer le fait qu'au cas seulement où il l'aura commis en ayant connaissance de l'interdiction. L'erreur devra être admise surtout dans le cas où le soldat a cru pouvoir agir en état de nécessité. Mais on devrait voir si l'auteur a réellement agi de bonne foi. S'il est question d'un officier et surtout d'un commandant responsable, la peine devra être plus forte que si l'auteur n'était qu'un simple soldat, parce que chez celui-là une meilleure connaissance de droit doit être non seulement supposée mais exigée. On doit au moins présumer que les officiers ne savent pas seulement qu'il existe un droit de guerre, mais qu'ils savent aussi que l'ordre du droit a mis à la « raison de guerre » des bornes conformes aux exigences de la civilisation moderne. Quant à l'état de nécessité, on n'admettra pas que l'interprétation pour ce qui concerne un officier soit large, pour autant qu'on soit porté à l'excuser. La qualification d'état de nécessité ne doit pas être appliquée pour cacher une manière de penser qui regarde les règles du droit comme un lest inutile, propre à être jeté par-dessus bord. Celui qui y va de bonne foi, ne manquera pas à l'ordre. Mais ceux qui sont dans l'illusion que le commandant est en temps de guerre *legibus solutus*, exempt de tout ordre de droit, même des lois de l'humanité, ceux-là ne peuvent certainement exciper d'une telle erreur de droit.

La difficulté la plus délicate de toutes dans le problème qui nous occupe réside dans le fait que les troupes, comme la Guerre mondiale l'a suffisamment prouvé, soient restées jusqu'à présent mal instruites des devoirs imposés par le droit de guerre. Cette difficulté, il est vrai, est de nature intérieure pour chaque Etat ; quand les Etats se seront chargés de répondre eux-mêmes de leurs troupes, le droit des gens n'aura plus à examiner si les gouvernements sont capables de supporter une telle responsabilité et s'ils prennent les mesures indispensables pour éviter les lésions du droit. Mais sans penser au fait que le devoir d'instruire leurs troupes conformément à la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre est imposée aux Etats par une proposition internationale, il faut que nous envisagions la difficulté au point de vue pratique. Si les Etats ne se décident pas à instruire leurs troupes de leurs droits et devoirs internationaux d'une manière beaucoup plus appropriée et plus exacte que jusqu'à présent, le fait aura des conséquences encore plus graves à l'avenir que celles qu'on a vues dans la Guerre mondiale.

On peut comprendre qu'au temps de la publication du *Manuel des lois de la guerre sur terre*, en 1880, les lois proposées aient été tantôt reconnues, tantôt dédaignées et qu'elles soient restées absolument inconnues à bien des troupes ; ces lois n'é-

taient pas communément admises comme obligatoires ainsi qu'elles le sont aujourd'hui après leur codification en 1899 et 1907 et pourtant on se plaignait amèrement de ce que les armées de différents Etats ne fussent pas instruites conformément aux principes de ce livre (1).

Il ne suffit pas d'insérer la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre dans les règlements militaires pour satisfaire au devoir fixé par l'article 1^{er} de ladite Convention. La première et essentielle condition pour la viabilité et la mise à exécution de la Convention est d'habituer progressivement tous les officiers et tous les soldats au devoir de s'en tenir aux règles du droit de guerre. Si les Etats sont conscients de leur haute responsabilité ils étendront l'instruction de leurs soldats d'une manière que chaque homme connaisse ses devoirs vis-à-vis de l'ennemi. Il faut que non seulement les officiers supérieurs mais tout soldat sache qu'un hôpital de campagne est inviolable, qu'il ne doit tuer aucun ennemi qui rend les armes, qu'il doit épargner les civils et leurs biens, etc... Si ces instructions ne sont pas données aux troupes en temps de paix afin que le droit de guerre leur soit imperturbablement connu, il se commettra en cas de guerre des lésions de droit qui dépasseront en horreur les plus sinistres exemples des époques de pleine barbarie.

1. Cf. la *Revue de droit international*, 1881, p. 207.

CONCLUSION

Grâce aux progrès diaboliques d'une science créant sans cesse de nouvelles machines à tuer, la Guerre mondiale a eu le triste privilège d'inaugurer des pratiques totalement inconnues jusqu'alors : l'emploi de gaz asphyxiants, le torpillage de paquebots ou de navires-hôpitaux, le bombardement de villes non défendues, à l'aide d'avions ou de pièces à longue portée, sans autre but que de frapper d'épouvante une population paisible. Et nous oublions les exécutions militaires, individuelles ou collectives, les meurtres, les viols, les pillages, les incendies, qui ont été de règle, et les prises d'otages, la séquestration de non belligérants, les déportations en masse, une chaîne funeste dans fin de violations, de tout droit, de toute justice, de tout sentiment humain !

Il est un fait malheureusement incontestable, c'est que les coupables de crimes et délits de guerre les principaux coupables surtout, ont été ignorés ou ménagés, et qu'au cours des dernières années cette indulgence a atteint des proportions inouïes. Y a-t-il là de quoi s'étonner, alors qu'une conception crimi-

nelle de la guerre était à l'avant-plan et a prévalu, cette doctrine qui glorifie la force en enseignant que tout acte devient licite qui, de façon directe ou indirecte, peut tendre au triomphe de l'un et à l'écrasement de l'autre ? Pouvez-vous écouter, sans que votre conscience se révolte, un de ces apôtres de la force, déguisée sous les dehors d'une prétendue conception philosophique entièrement sereine :

« Un examen superficiel des choses ne permet pas d'opposer « le pouvoir » et le « droit » comme on le fait dans le cas des individus ; ils sont destinés par l'ordre du monde de se rechercher et de se trouver l'un l'autre. Pour le droit de l'Etat l'idée de « pouvoir » constitue en réalité le véhicule par lequel l'idée de « droit » se présente. Mais dans la forme suprême que revêt le droit des gens, cette relation ne suffit point ; dans ce domaine, le pouvoir serait réuni au droit si, en définitive tout droit et toute civilisation ne devaient devenir impossibles. C'est ainsi que la victoire se manifeste comme la confirmation de la notion de droit, comme une raison suprême, décidant la question de savoir lequel des Etats en guerre a eu raison (1). »

Pourrait-il y avoir une conception plus cynique du droit ? Est-il alors étonnant que les auteurs des crimes de guerre les plus monstrueux prétendent avoir accompli des exploits dignes de la plus grande

1. Kaufmann, *Das Wesen des Voelkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, p. 153.

admiration, quand ils ont de tels éducateurs et quand ceux qui commandent semblent inciter eux-mêmes à la violence et s'en faire les complices ? Vers qui les opprimés tendront-ils les mains, si la croyance au droit est morte chez ceux qui détiennent la puissance ?

Cet état d'esprit doit-il subsister, ou bien est-il hors de conteste que les crimes et délits de guerre, doivent être expiés et que les coupables doivent être châtiés avec toute la rigueur ? Ne serait-il pas révoltant de voir ces criminels bénéficier de l'état de désordre qui régnait au temps où ils ont abusé de leur force ?

Nous avons essayé de démontrer dans cette étude qu'il y a une responsabilité, aussi bien pénale que civile, pour les crimes et délits de guerre. Quoiqu'il manque une codification complète du droit de la guerre et que par conséquent une grande partie des possibilités d'incriminations et poursuites y font défaut, d'autre part on a eu occasion de reconnaître au cours de ce travail l'existence d'une quantité de lois nationales, de règles, principes, dispositions de *lege ferenda*, prescriptions et résolutions des institutions et assemblées internationales, tendant tous au même but : savoir celui de poursuivre et de punir les auteurs de crimes et délits de guerre avec toute la rigueur qu'appelle la féroacité ou la lâcheté de leurs agissements.

S'il y avait des principes et conceptions de nature

juridique, soit du domaine de droit des gens ou de droit interne qui, par une tradition constante, se sont encore malheureusement conservés jusqu'à présent, nous avons tenté de faire tout notre possible de les infirmer ou du moins de mettre à leur rencontre une explication de droit et de la justice aussi élevée et fondée que celle qu'ils en croient fournir.

Il s'agit donc d'une œuvre de justice et de droit ; il faut ne point laisser couverts d'une large impunité les excès les plus manifestes qui représentent les crimes et délits de guerre ; il faut leur trouver une loi, un juge, un tribunal !

En l'état actuel des choses, nous sommes, pour notre part, loin de croire à l'avènement de la Paix perpétuelle et universelle, car il y a malheureusement encore des conflits à craindre. En vue de ces conflits qui menacent sans cesse, ne devons-nous pas prendre, tant que nous sommes en paix, les précautions nécessaires pour prévenir les abus et adoucir les maux des collisions futures ? La condition première et essentielle est de ne jamais croire à une banqueroute du droit des gens. C'est dans l'arsenal des Conventions déjà conclues ou à conclure que nous voyons l'unique lueur d'espoir à l'horizon gonflé de menaces. S'il n'en était pas ainsi, il ne serait guère permis de rêver d'un avenir meilleur.

Et maintenant qu'il nous soit permis de nous demander si le droit des gens a bien mérité d'être mis

en disgrâce ces dernières années comme on a eu l'occasion de le voir si souvent.

Il est d'autant plus regrettable de voir les attaques théoriques contre le droit des gens émaner de personnes influentes que c'est une exagération dangereuse d'opposer à l'évolution du droit des gens les plaintes relatives à sa violation qui se sont fait jour pendant la guerre passée. Il faut tenir compte des troubles de la guerre auxquels toutes ces atteintes sont attribuables et il faut considérer que l'état de guerre n'est jamais bien favorable aux relations internationales.

Au surplus, on ne doit pas oublier que si, en état de guerre, des traités en vigueur sont violés et certaines règles du droit des gens se trouvent lésées, il est d'autres cas au moins aussi nombreux, où, même en temps de guerre chaque partie et ses ressortissants suivent sciemment ou non, implicitement ou non, les règles du droit des gens. Ces cas ne font pas sensation dans le public, parce que ce qui se passe se comprend de soi-même. Cependant, il n'y a qu'à penser à la mesure où l'état de guerre deviendrait insupportable, si, dans le traitement des blessés et des prisonniers, du personnel sanitaire, des régions occupées, de la population civile et des ressortissants des puissances neutres elles-mêmes, les traités en vigueur n'étaient l'objet d'aucun respect et ne se trouvaient point du tout observés.

Aucune expérience du passé, si terrible qu'elle

soit, ne pourra dispenser un Etat de veiller à l'avenir de ses relations internationales. Comme aucun Etat du monde n'est solitaire, il ne peut agir comme s'il était isolé. Au contraire, le progrès de la civilisation augmente le besoin pour chaque Etat de communiquer avec les Etats étrangers ; si ce besoin ne résulte pas d'un attachement amical, il provient de la nécessité de l'échange de biens et de l'usage réciproque des progrès de la civilisation. Ce sera la tâche du droit des gens de prévoir mieux que jamais les conflits possibles dans ces relations et de les prévenir par des traités conclus en temps utile ou par des réglementations appropriées.

Une de ces tâches, d'importance primordiale, à accomplir par le droit des gens, c'est de statuer, compléter, renforcer davantage ces parties là dans son domaine qui s'occupent de la responsabilité pour les crimes et délits de guerre.

Vu : le Président de la thèse,
GIDEL

Vu, le Doyen
H. BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris
P. APPELL

BIBLIOGRAPHIE

- Augier et Le Poittevin.* — Traité théorique et pratique de droit pénal militaire. Paris, 1905.
- Beling.* — Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität. Breslau, 1896.
- Bordwell.* — The law of war between belligerents. London, 1908.
- Bonfils-Fauchille.* — Manuel de droit international public.
- Borsi.* — Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale (Extrait de la « Rivista di diritto internazionale », 1916).
- Calvo.* — Le droit international. Paris, 1888.
- Clunet.* — Offenses et actes hostiles commis par des particuliers contre un Etat étranger. Paris, 1887.
- L'application des sanctions du Traité de Versailles au point de vue juridique (Journal du droit international, 1921).
- Cavaglieri.* — Lo stato di necessità nel diritto internazionale. Roma, 1918.
- Cybichowsky.* — Studien zum Voelkerrecht. Berlin, 1912.
- Despagnet.* — Cours de droit international public.
- Donnedieu de Vabres.* — Introduction à l'étude du droit pénal. Paris, 1922.
- Féraud-Giraud.* — Recours à raison des dommages causés par la guerre.
- Ferri.* — La sociologie criminelle. Traduction de l'auteur sur la troisième édition italienne. Paris, 1893.
- Finch.* — Superior orders and war crimes (The american journal of international law, 1921).
- Fiore.* — Traité de droit pénal international et de l'extradition. Traduit, annoté et mis au courant du droit français par Ch. Antoine. Paris, 1880.
- Garner (I. W.).* — Punishment of offenders against the laws and customs of war (The american journal of international law, 1920).

- Gautier*. — Guerre et droit de punir (Revue pénale suisse, 1919).
- Hall*. — A treatise of international law, 5th ed., Oxford, 1914.
- Hafter*. — Strafrecht und Gerichtsbarkeit der Entente über deutsche Staatsangehörige (Revue pénale suisse, 1919).
- Hofer*. — Der Schadenersatz im Landkriege. Tübingen, 1913.
- Junk*. — Das Verbrechen im Kriege (Kriminal-psychologische und kriminalstatistische Denkwürdigkeiten ans dem Weltkrieg). Wien, 1920.
- Kohler*. — Internationales Strafrecht. Berlin, 1917.
- Holland*. — The laws of war on land. Oxford, 1908.
- La Fontaine*. — Pasicrisie internationale.
- Lapradelle (De)*. — Cours de droit international public (Docteurat), 1921-1922.
- Lawrence*. — Principles of international law.
- Larnaude et Lapradelle*. — Examen de la responsabilité pénale de l'empereur Guillaume II de l'Allemagne (Journal du droit international, t. XLVI, 1919).
- Lémonon*. — La seconde conférence de la Paix, 1907. Paris, 1908.
- Lundstedt*. — Professeur à l'Université d'Upsala, Die Auslieferungsforderung der Entente nach strafrechtlichen Gesichtspunkten (Deutsche Juristen-Zeitung, 1920).
- Martitz*. — Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Leipzig, 1888, 1897.
- Mechelynck*. — La Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, d'après les actes et documents des Conférences de Bruxelles de 1874 et de La Haye, 1899 et 1907. Gand, 1915.
- Mérignhac et Lémonon*. — Le droit des gens et la guerre 1914-1918. Paris, 1921.
- Mérignhac*. — De la sanction des infractions au droit des gens commises au cours de la guerre européenne par les Empires du Centre (Extrait de la « Revue générale de droit international public », 1917).
- Les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après le droit international moderne et de la codification de la Conférence de La Haye de 1899. Paris, 1903.
- Traité de droit international public. Paris, 1912.
- De la responsabilité pénale des actes criminels commis au cours de la guerre de 1914-1918 (Extrait de la « Revue de droit international et de législation comparée ». Bruxelles, 1920).

- Mendelssohn-Bartholdy.* — Leges inter arma. Betrachtungen zu den Leipziger Processen gegen die Kriegsbeschuldigten (Deutsche Juristen-Zeitung, 1919).
- Nys.* — Droit international, 2^e éd., 1912.
- Oppenheim.* — International law, 2^e éd. London, 1912.
- Piedelièvre.* — Précis de Droit international. Paris, 1894.
- Pillet.* — Les Conventions de La Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907. Paris, 1918.
- La guerre actuelle et le droit des gens. Paris, 1916.
- Les lois actuelles de la guerre. Paris, 1898.
- Phillipson (Col.).* — International law and the great war. London, 1915.
- Pradier-Fodéré.* — Droit international public.
- Renault.* — De l'application du droit pénal aux faits de guerre (Extrait de la « Revue générale de droit international », 1918).
- Revue pénitentiaire et de droit pénal (Bulletin de la Société générale des prisons, 1915 et 1916).
- Rolin.* — Le droit moderne de la guerre. Bruxelles, 1920-1921.
- Spaight.* — War rights on land. London, 1911.
- Strupp.* — Das völkerrechtliche Delikt. Berlin, 1914.
- Travers (M.).* — Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre. Paris, 1920-1922.
- Triepel.* — Droit international et droit interne. Trad. par R. Brunet. Paris, 1920.
- Verdross.* — Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten. Berlin, 1920.
- Weiss.* — Etude sur les conditions de l'extradition. Paris, 1880.
- Westlake.* — Chapters on the principles of international law 1894.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS	5
CHAPITRE PREMIER. — La responsabilité pénale pour les crimes et délits de guerre.	7
I. — En quoi consistent les crimes et délits de guerre.	7
II. — La responsabilité pénale pour les crimes et délits de guerre.	35
III. — Les sanctions pénales du Traité de paix de Versailles pour les crimes et délits de guerre	78
CHAPITRE II. — La responsabilité civile pour les crimes et délits de guerre.	99
CHAPITRE III. — Les représailles et les crimes et délits de guerre.	133
CHAPITRE IV. — Les limites de la responsabilité pour les crimes et délits de guerre.	147
I. — La responsabilité pénale des subalternes dans les crimes et délits de guerre.	147
II. — La responsabilité pénale des supérieurs dans les crimes et délits de guerre.	166
III. — L'état de nécessité de guerre et les crimes et délits de guerre.	171
CONCLUSION	191
BIBLIOGRAPHIE.	197

Impr. H. Jouve & Cie, 16, rue Racine, Paris. — 5892-23
